

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SHALOM MOREIRA BALTAZAR

PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE  
E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS:  
TEORIAS DE VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E LEGITIMAÇÃO

CURITIBA

2019

SHALOM MOREIRA BALTAZAR

PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE  
E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS:  
TEORIAS DE VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E LEGITIMAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior.

CURITIBA

2019

B197p

Baltazar, Shalom Moreira

Proteção integral do meio ambiente e a jurisprudência das cortes superiores brasileiras: teorias de validade, interpretação e legitimação / Shalom Moreira Baltazar; orientador: Sérgio Said Staut Júnior. – Curitiba, 2019.  
194 p.

Bibliografia: p. 178-194.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Meio ambiente. 2. Direito ambiental. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 4. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Título.

CDU 349.6

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

ATA Nº13

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia um de março de dois mil e dezenove às 15:30 horas, na sala De defesas, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **SHALOM MOREIRA BALTAZAR** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS: TEORIAS DE VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E LEGITIMAÇÃO**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UFPR), SAMUEL RODRIGUES BARBOSA (USP), RICARDO MARCELO FONSECA (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela Aprovação do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 01 de Março de 2019.

  
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

  
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA

Avaliador Externo (USP)

  
RICARDO MARCELO FONSECA

Avaliador Interno (UFPR)






MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

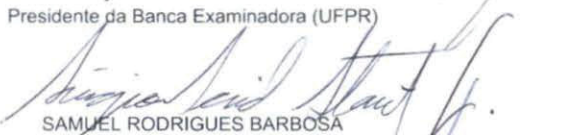
## TERMO DE APROVAÇÃO


Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **SHALOM MOREIRA BALTAZAR** intitulada: **PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS: TEORIAS DE VALIDADE, INTERPRETAÇÃO E LEGITIMAÇÃO**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua Aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 01 de Março de 2019.

  
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR  
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

  
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA  
Avaliador Externo (USP)

  
RICARDO MARCELO FONSECA  
Avaliador Interno (UFPR)



Para *Sophia e Dylan Thomas*.  
Para *memória de Maria Rosa Moreira (1959-2016)*,  
com todo *amor*,  
*eterna gratidão e indescritível saudade.*

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho tem uma madrinha. Não fosse o gentil convite de Dayana de Carvalho Uhdre para assistir à brilhante defesa da dissertação de Mestrado intitulada “*Competência tributária no Estado Federal Brasileiro: possibilidade e limites à instituição, pelos estados-membros, de novas hipóteses de responsabilidade tributária*”, no dia 17/03/2016, não teria ocorrido, logo em seguida, casual reencontro entre aluno e Professor de outrora que lançaria a centelha necessária à realização deste antigo sonho. Muito obrigado, de coração.

Ao Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior, por ter acreditado, desde o primeiro instante, na possibilidade de realização deste trabalho, além de sempre ter incentivado e ciceroneado meus passos, desde a graduação, com total espaço para diálogo e convivência acadêmica, simplicidade, naturalidade, profundo conhecimento, boa vontade e paciência, qualidades que só os verdadeiramente sábios reúnem.

Ao Prof. Dr. Fernão Justen de Oliveira, pelas oportunidades de publicação acadêmica, diálogos quanto ao projeto de pesquisa que se desdobrou neste trabalho e processo seletivo para ingresso no programa de Mestrado. Muito obrigado pela amizade e convivência familiar já de tão longa data.

Ao Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka, anjo da guarda e amigo querido, por toda a torcida e apoio, também desde a graduação, durante o processo seletivo do Mestrado e ao longo de dois anos incríveis de curso na Universidade Federal do Paraná. Muito obrigado.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, com quem tive a honra de conviver e aprender no biênio 2017-2018: Profs. Drs. Fabrício Tomio, Elton Venturi, Luís Fernando Lopes Pereira, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Egon Bockmann Moreira, Eduardo Talamini, Melina Girardi Fachin, Rodrigo Luís Kanayama, Daniel Wunder Hachem e Celso Luiz Ludwig. Obrigado pelo acolhimento tão caloroso de um forasteiro em suas salas de aula e por todo o legado cultural transmitido.

Ao Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, pelo constante intercâmbio acadêmico, desde antes do ingresso no programa de Mestrado, indicações bibliográficas, aulas, diálogos, incentivo e amizade, já de tantos anos.

Ao Prof. Dr. Eduardo Vedor de Paula, pelo incentivo, aprendizado, amizade e parceria de tantos anos. Obrigado por ter me ensinado a “mapear” o conhecimento jurídico e pelos espaços proporcionados de diálogo, exercício e publicação acadêmicos.

Ao amigo, Prof. Dr. Alessandro Panasolo, pela longa trajetória de parceria profissional e acadêmica no enfrentamento de preocupações teóricas comuns em relação aos rumos e à problemática do direito ambiental no Brasil. Muito obrigado por todo o incentivo, pelo espaço aberto junto à Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR e também para publicações.

À “TrinchÊra”, família de amigos-irmãos queridos com a qual fui presenteado tão logo coloquei os pés na Universidade Federal do Paraná, no final de 2016: Bruno de Lima Picoli, Julio da Costa Rostirola Aveiro, Lucas Cavini, Maurício Pereira Doutor, Paulo Guilherme Ribeiro da Rosa Mazini, Ramon Grenteski Ouais Santos, Ricardo Menezes da Silva, Fernando Castelo e Ronaldo de Paula Mion. Obrigado de coração. Sem vocês, este trabalho não teria sido concluído.

Ao meu irmão, Phillipe Moreira Baltazar, minha maior referência de integridade e equilíbrio. Obrigado, de coração, por me apoiar incondicionalmente neste projeto e em tudo mais no que eu me envolva na vida.

Aos amigos queridos, com quem tenho dividido não só o dia-a-dia profissional da advocacia, mas também minha existência: Guilherme Mussi, Heloise M. Hilu Presiazniuk Mussi, Isadora Cé Pagliari, Renata Mafioletti Salvador e Paloma Ferreira. Muito obrigado pelo imenso apoio durante todo o período do Mestrado, compreensão pelos momentos de ausência e introspecção, auxílio nas pesquisas e em demais compromissos acadêmicos.

À Anette Toppan, pela gentil revisão de traduções e por todo o conhecimento da língua inglesa transmitido ao longo de uma vida, sem o qual grandes mentes da humanidade teriam passado... incompreendidas.

Ao amigo, cineasta e eterno jurista, Müller Barone, que me presenteou o livro “*A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistemico em Sintonia com a Natureza e a Comunidade*”, de Fritjof Capra e Ugo Mattei, cujas ideias foram essenciais para definição do *tom* crítico impulsionador deste trabalho.

Aos ilustres Profs. Drs. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR) e Samuel Rodrigues Barbosa (USP), pela honra e gentileza de participação na banca de avaliação deste trabalho, cujos comentários, questionamentos e contribuições só engrandeceram e coroaram a pesquisa.



*“It was my thirtieth year to heaven  
Woke to my hearing from harbour and neighbour wood  
And the mussel pooled and the heron  
Priested shore  
The morning beckon  
With water praying and call of seagull and rook  
And the knock of sailing boats on the webbed wall  
Myself to set foot  
That second  
In the still sleeping town and set forth.  
My birthday began with the water-  
Birds and the birds of the winged trees flying my name  
Above the farms and the white horses  
And I rose  
In a rainy autumn  
And walked abroad in shower of all my days  
High tide and the heron dived when I took the road  
Over the border  
And the gates  
Of the town closed as the town awoke.  
(...)  
And there could I marvel my birthday  
Away but the weather turned around. And the true  
Joy of the long dead child sang burning  
In the sun.  
It was my thirtieth  
Year to heaven stood there then in the summer noon  
Though the town below lay leaved with October blood.  
O may my heart's truth  
Still be sung  
On this high hill in a year's turning”.*

(“Poem in October”, 1944, de Dylan Thomas, poeta galês, 1914-1953)

*“Quem foi que disse que amar é sofrer? Quem foi?  
Quem foi que disse que Deus é brasileiro  
Que existe ordem e progresso  
Enquanto a zona continua no congresso?  
Quem foi que disse que a justiça tarda mas não falha?  
Que se eu não for um bom menino, Deus vai castigar  
Os dias passam lentos aos meses seguem os aumentos  
Cada dia eu levo um tiro  
(Que sai pela culatra  
Eu não sou ministro, eu não sou magnata)  
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém  
Aqui embaixo, as leis são diferentes  
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém  
Aqui embaixo, as leis são diferentes  
Quem foi que disse que os homens nascem iguais?  
Quem foi que disse que deputado não ganha mensalão  
Se tudo aqui acaba em samba?  
No país da corda bamba, querem me derrubar!  
Quem foi que disse que os homens não podem chorar?  
Quem foi que disse que a vida começa aos quarenta?  
A minha acabou faz tempo, agora entendo porque  
Cada dia eu levo um tiro  
Que sai pela culatra  
(Eu não sou ministro, eu não sou magnata)  
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém  
Aqui embaixo, as leis são diferentes  
Os dias passam lentos  
Os dias passam lentos  
Cada dia eu levo um tiro  
Cada dia eu levo um  
Eu não sou ministro, eu não sou magnata  
Eu sou do povo, eu sou um Zé ninguém  
Aqui embaixo, as leis são diferentes  
Que leis?”.*

(“Zé Ninguém”, 1991-atual, de Bruno Gouveia e Miguel Cunha, cancioneiros do rock popular brasileiro)

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo geral a identificação e compreensão dos principais discursos de que a jurisdição brasileira tem se utilizado para validar, interpretar e legitimar normas de conduta relacionadas à proteção integral do meio ambiente, tal como foram articulados em casos relevantes nos quais as Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, tentaram delimitar seu conteúdo ou de algum modo se pronunciar sobre os problemas de ordem filosófica e científica decorrentes dos paradigmas ou métodos de julgamento escolhidos. Como objetivo específico, o estudo pretende evidenciar as dificuldades enfrentadas em razão das características e limitações inerentes às próprias teorias adotadas na justificação das decisões, além de desacordos conceituais (teóricos) prévios sobre o direito e sobre as premissas regentes das condutas humanas potencialmente nocivas ao equilíbrio ecológico. Os acórdãos examinados foram organizados em ordem cronológica, titulados conforme os paradigmas ou métodos utilizados em cada decisão e explanados mediante síntese das pretensões, com exposição das discussões teóricas pertinentes à delimitação e problematização definidas para a pesquisa. Foram também formuladas discussões sobre as decisões selecionadas, mediante reflexão crítica sobre desafios e perspectivas que se vislumbram para a teoria do direito em consequência do diagnóstico que se pretendeu realizar.

Palavras-chave: 1. Proteção Integral; 2. Meio Ambiente; 3. Cortes Superiores Brasileiras; 4. Teorias; 5. Validade; 6. Interpretação; 7. Legitimação.

## ABSTRACT

The general objective of this work is the identification and understanding of the main discourses used by the Brazilian jurisdiction to validate, interpret and legitimize norms of conduct related to the integral protection of the environment - as they were articulated in relevant cases in which the Superior Courts (Supreme Court and Superior Court of Justice), from the entry into force of the 1988 Constitution, attempted to delimit its content or somehow pronounce on the philosophical and scientific problems arising from the paradigms or methods of judgment chosen. As a specific objective, the study intends to highlight the difficulties faced by the characteristics and limitations innate to the theories adopted in the justification of the decisions, as well as previous conceptual (theoretical) disagreements on the law and on the governing premises of human behaviors that are potentially harmful to the ecological balance. The judgments examined were organized in chronological order, titled according to the paradigms or methods used in each decision and explained by summarizing the pretensions, with an exposition of the theoretical discussions pertinent to the delimitation and problematization defined for the research. Discussions on the selected decisions were also formulated, through a critical reflection on the challenges and perspectives envisaged for the theory of law because of the diagnosis that was intended.

**Key words:** Integral Protection; 2. Environment; 3. Brazilian Superior Courts; 4. Theories; 5. Validity; 6. Interpretation; 7. Legitimation.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
Ag ou AG - Agravo  
AgREsp ou AREsp – Agravo no Recurso Especial  
AgRg – Agravo Regimental  
BBC – British Broadcasting Corporation  
CAR - Cadastro Ambiental Rural  
CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CNI - Confederação Nacional da Indústria  
DJU – Diário de Justiça da União  
EDcl – Embargos de Declaração  
EIA/RIMA - Estudo Prévio de Impacto Ambiental /Relatório de Impacto Ambiental  
FUNAI - Fundação Nacional do Índio  
IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis  
MC – Medida Cautelar  
MMA – Mixed Martial Arts  
MS – Mandado de Segurança  
RE – Recurso Extraordinário  
REsp – Recurso Especial  
RMS – Recurso em Mandado de Segurança  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO: O QUE É PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E QUAL A RELEVÂNCIA DA TEORIA DO DIREITO PARA SUA DISCIPLINA PELA VIA DA JURISDIÇÃO? .....</b>	<b>17</b>
<b>1 DISCURSOS CONTEMPORÂNEOS DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA .....</b>	<b>23</b>
1.1 MODERNIDADE REFLEXIVA E SOCIEDADE DE RISCO .....	23
1.2 ECOLOGISMO INTERNACIONAL E NOVA ORDEM ECOLÓGICA.....	27
1.3 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL .....	29
1.4 NEOPROCESSUALISMO AMBIENTAL.....	34
1.5 “IN DUBIO PRO NATURA” E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL .....	38
1.6 DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS .....	44
1.7 ATORES COM PODER DE VETO E PROTAGONISMO JUDICIAL AMBIENTAL..	48
<b>2. PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>58</b>
2.1 PONDERAÇÃO, LITERALIDADE CONSTITUCIONAL E NORMAS PROCESSUAIS TRADICIONAIS: PROIBIÇÃO CAUTELAR DE CORTE DE VEGETAÇÃO NATIVA NO BIOMA MATA ATLÂNTICA (ADI 487 MC/DF - 09/05/1991) .....	58
2.2 REGIME JUSFUNDAMENTAL: DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA NO BIOMA PANTANAL MATO-GROSSENSE (MS 22.164/SP - 30/10/1995).....	61
2.3 REGIME JUSFUNDAMENTAL E INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA: LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA DOS ESTADOS QUANTO À DISPENSA DE EIA/RIMA (ADI 1.086/SC – 10/08/2001) .....	64
2.4 PONDERAÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONFORME E LITERALIDADE CONSTITUCIONAL: SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ADI 3.540 MC/DF - 01/09/2005) .....	65
2.5 PONDERABILIDADE HERMENÊUTICA, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL INTEGRAL E LITERALIDADE CONSTITUCIONAL: PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS (ADPF 101/DF - 24/06/2009) .....	70

2.6 PONDERAÇÃO, DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: PROIBIÇÃO DA VAQUEJADA (ADI 4.983/CE - 06/10/2016).....	81
2.7 PONDERAÇÃO, LEGITIMAÇÃO E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA NACIONAL (ADI 4901, 4902, 4903, 4937/DF; ADC 42/DF - 28/02/2018).....	96
<b>3 PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>101</b>
3.1 EXEGESE LITERAL, INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-TELEOLÓGICA E ADEQUAÇÃO PROCESSUAL: REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL (REsp 605.323/MG – 18/08/2005).....	101
3.2 LOGICIDADE HERMENÊUTICA E REGIME JUSFUNDAMENTAL: IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE (REsp 1.120.117/AC - 10/11/2009).....	103
3.3 PONDERAÇÃO, LEGITIMAÇÃO E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA PARA DEMOLIÇÃO DE EDIFÍCIO (REsp 302.906/SP – 26/08/2010).....	105
3.4 HERMENÊUTICA PRÓPRIA, INTEGRAÇÃO INTERPRETATIVA E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: REPARAÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE (TESE 1 – 18/03/2015; SÚMULA 629/2018 - REsp 1.269.494/MG – 01/10/2013; REsp 1.328.753/MG – 03/02/2015).....	110
3.5 REGIME JUSFUNDAMENTAL: INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATOS CONSUMADO (TESE 3 – 18/03/2015; SÚMULA 613/2018 - REsp 948.921/SP – 23/10/2007).....	112
3.6 REGIME JUSFUNDAMENTAL E INTERPRETAÇÃO INTERLIGADA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL (TESE 4 – 18/03/2015; SÚMULA 618/2018 - REsp 1.049.822/RS - 23/04/2009, REsp 883.656/RS - 09/03/2010, AgRg no AREsp 206.748/SP - 19/10/2010, REsp 1.237.893/SP - 24/09/2013).....	115
3.7 REGIME JUSFUNDAMENTAL: RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL (TESE 10 – 18/03/2015; REsp 442.586/SP - 26/11/2002; AgRg no REsp 1.412.664/SP – 08/02/2012) .....	122

<b>4 NOVOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA.....</b>	<b>125</b>
4.1 ECOJURISLAÇÃO, REVOLUÇÃO ECOJURÍDICA E OUTRAS CRÍTICAS DA PÓS-MODERNIDADE .....	125
4.2 O PROBLEMA DOS DESACORDOS CONCEITUAIS (TEÓRICOS) PRÉVIOS SOBRE O DIREITO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS.....	137
4.3 O PROBLEMA DO PRINCIPIOLOGISMO COMO TÉCNICA DE VALIDADE E INTERPRETAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS.....	140
4.4 O PROBLEMA DOS LIMITES DAS PROPOSTAS JUSNATURALISTA, JUSPOSITIVISTA E O NEO(PÓS)POSITIVISMO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS .....	145
4.5 A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW E DO REALISMO PRAGMÁTICO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS .....	149
4.6 PERSPECTIVA DA TÓPICA JURÍDICA COMO TÉCNICA DE LEGITIMAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS .....	154
4.7 PERSPECTIVAS DO PLURALISMO E DO COSMOPOLITISMO JURÍDICO SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROTAGONISMO JUDICIAL AMBIENTAL ....	157
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>172</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>178</b>



## INTRODUÇÃO: O QUE É PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E QUAL A RELEVÂNCIA DA TEORIA DO DIREITO PARA SUA DISCIPLINA PELA VIA DA JURISDIÇÃO?

A adjudicação de condutas humanas sob a perspectiva da *proteção integral do meio ambiente* - preceito que remete a uma *ética* fundada no ideal de *máxima conservação* dos atributos essenciais da natureza responsáveis pela vida em equilíbrio no planeta<sup>1</sup> - está dentre as *complexas* questões do mundo contemporâneo, envolvendo grandes *dilemas civilizacionais* e *escolhas morais*, tanto no plano coletivo quanto no individual, sobre os rumos da sociedade<sup>2</sup>.

Por isso, talvez não haja resposta definitiva à *primeira parte* da pergunta formulada nesta abertura. Poderia ser um “beco sem saída científico” a tentativa de atribuição de sentido *unívoco* a um conceito a respeito do qual *não há consenso* nem no âmbito *doutrinário*<sup>3</sup> nem na *jurisprudência*<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme TAYLOR, Paul W., & DALE JAMIESON. *Respect for nature: a theory of environmental ethics*. OXFORD: Princeton University Press, 1986, p. 3: “A ética ambiental se preocupa com as relações morais que se estabelecem entre humanos e o mundo natural. Os princípios éticos que governam essas relações determinam nossos deveres, obrigações e responsabilidades em relação ao ambiente natural da Terra e a todos os animais e plantas que a habitam. Usarei o termo “mundo natural” para me referir a todo o conjunto de ecossistemas naturais em nosso planeta, juntamente com as populações de animais e plantas que compõem as comunidades bióticas desses ecossistemas”. Este e todos os demais textos em língua estrangeira foram traduzidos livremente.

<sup>2</sup> É nesse sentido, por exemplo, a leitura de Plauto Faraco de Azevedo a partir do pensamento de Théodore Monod (*Et si l'aventure humaine devait échouer*. Paris: Bernard Grasset, 2000, p. 124-126): “‘É preciso escolher: queremos uma economia da destruição ou uma economia de criação?’”. O problema central consiste em “uma opção moral a efetuar”, concernente à finalidade da existência humana. “O que queremos: aumentar nosso poder (material!) e multiplicar nossos artefatos ou buscar um aperfeiçoamento do ser, rumo à verdadeira hominização, a única capaz de nos liberar das barbáries ancestrais e de tornar, enfim, possível nossa reconciliação com a natureza”. De qualquer forma, o limite do sistema econômico atual é ecológico. Para superar a crise civilizacional presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel prazer”. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162).

<sup>3</sup> Marcelo Abelha Rodrigues faz registro nesse sentido: “(...) a verdade é que hoje nos encontramos envolvidos num emaranhado de leis que regulam a proteção do meio ambiente. E são justamente elas que permitem que reconheçamos a existência de um verdadeiro ordenamento jurídico ambiental, formado pelo conjunto de regras e princípios que regulam a proteção imediata do equilíbrio ecológico. Nesse particular, é de dizer que o ordenamento jurídico ambiental brasileiro é bastante vasto e complexo. Isso se deve, basicamente, ao fato de que o Direito Ambiental é uma ciência ainda em formação: como só muito recentemente o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser tutelado de forma direta e autônoma, a sua proteção legislativa ainda é demasiadamente esparsa. (...) Tudo isso dificulta, e muito, não só a apreensão e aplicação do Direito Ambiental pelo operador do direito, mas sua própria sedimentação como ciência. Torna-se, então, cada vez mais necessário que se lancem luzes sobre toda essa complexidade”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018, p. 102-103).

<sup>4</sup> É o que se observa, exemplificativamente, na seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello por ocasião do julgamento da ADI 4.983/CE, a ser apresentada adiante no item 2.6: “Vê-se, daí, que o constituinte (...) objetivou assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente que compreende as noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSONO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 20-23, item n. 4, 6ª ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 21-24, itens ns. 2 e 3, 4ª ed./2ª tir.,

A fluidez dessa ideia convida, consequentemente, à verificação dos contornos que ela vem recebendo da *prática dos tribunais*, enquanto *dimensão ou fonte normativa objetiva*<sup>5</sup> e *privilegiada* em sociedade, especialmente no Brasil, onde se observa o progressivo envolvimento da jurisdição em quase todos os temas da vida cotidiana<sup>6</sup>, inclusive naqueles relacionados à proteção do meio ambiente, com a consagração de *novos institutos jurídicos* e até mesmo de uma *hermenêutica própria*<sup>7</sup>.

---

2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, “Meio Ambiente Urbano”, p. 42-54, item n. 4. 2005, Forense Universitária, v.g.). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE*. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. Voto do Min. Celso de Mello).

<sup>5</sup> Sob a perspectiva, eminentemente, da realidade, registrando-se, não obstante, a existência de divergência, como aquela formulada por Luigi Ferrajoli, quanto à impropriedade de configuração da jurisprudência como fonte primária do direito, aspecto que será retomado mais adiante neste estudo: “Chegamos, assim, ao verdadeiro ponto nevralgico do constitucionalismo principialista. Nascido no sistema jurídico norte-americano, baseado sobre precedentes como fontes e, portanto, sobre o papel criativo do direito reconhecido à jurisprudência, o modelo do ativismo judicial, escreve Trindade, “ultrapassa as fronteiras da common law, na medida em que o constitucionalismo do segundo pós-guerra é reconhecido pela positivação de uma série de princípios” morais (p. 112). Por meio desta homologação dos sistemas da civil law àqueles da common law, ele acrescenta (p. 113-114) – retomando uma tese de Lenio Streck (p. 62-63) – é que a “jurisprudência dos valores” foi adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, em oposição ao formalismo paleo-juspositivista, com base na configuração, como “valores”, dos princípios da Lei Fundamental de 1949. Por isto, o endosso, em nome de uma maior racionalidade, da discricionariedade judicial através da técnica da ponderação (p. 114) e a configuração da jurisprudência constitucional como “fonte primária” do direito (p. 113). É esta tese que se mostra inadmissível para a abordagem garantista. A ideia de que as sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade e a separação de poderes: em suma, a própria substância do estado de direito, ao menos como ele se estruturou nos ordenamentos da civil law. Ela equivale – da mesma maneira que a tese segundo a qual a doutrina seria uma fonte – à proposta de um regresso ao direito pré-moderno. Contra teses deste tipo é preciso afirmar que “fontes” são somente aqueles atos ou aqueles fatos cujo ordenamento conecta como efeito a produção de normas vigentes que inovam ou modificam o próprio ordenamento, de tal maneira que, nos sistemas da civil law, a produção legislativa é reservada às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, através de cujo exercício vem criado novo direito, isto é, novas normas destinadas à aplicação judicial. Caso se ignore este princípio e se admita que as sentenças do poder judiciário também são fontes, resultarão abandonados todos os princípios do Estado de Direito: o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a submissão dos juízes somente à lei”. (FERRAJOLI, Luigi *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, Luigi, STRECK Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa ... (et al.)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 238-239).

<sup>6</sup> A percepção de Luís Roberto Barroso é nesse sentido: “Embora a ascensão institucional de juízes e tribunais seja um fenômeno até certo ponto mundial - como demonstram os textos deste livro -, existem algumas características muito particulares na intensidade do fenômeno no Brasil. Entre nós, tem se verificado uma impressionante judicialização da vida, tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso. Conforme a época, o critério e a origem da pesquisa, as estatísticas oscilam entre 70 a 100 milhões de processos em tramitação. É quase como se cada brasileiro adulto tivesse uma ação em juízo. (...) Fenômeno diverso é a judicialização qualitativa. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter seu último capítulo perante os tribunais”. (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-23).

<sup>7</sup> Conforme registro de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer: “A jurisprudência, ou seja, as decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais (nacionais e internacionais) expressam também uma fonte material elementar do Direito Ambiental. A interpretação da norma ambiental levada a efeito pelos juízes e tribunais é uma das fontes mais importantes no sentido de conferir atualidade à legislação ambiental, muitas vezes já datada de décadas passadas. Além disso, é o trabalho hermenêutico que permite conferir sistematicidade à legislação ambiental, integrando os elementos normativos que por vezes se encontram dispersos em diferentes diplomas legais. (...) No caso brasileiro, a questão ambiental, em sentido amplo, alcançou todas as

O caráter *plurifuncional* da jurisdição atual, enquanto *realidade institucional objetiva* do país, impõe, no entanto, que o estudo reflita mais sobre os *fundamentos* e as *funções* de que os tribunais têm se valido, do que propriamente sobre o *conteúdo* das decisões sobre proteção integral do meio ambiente. Porque, conforme o *paradigma filosófico, método científico* ou *papel* de que se investem as cortes, os discursos de *validação, interpretação e legitimação* dos julgamentos variam sensivelmente.

A desatenção quanto a problemas de ordem *teórica* decorrentes dessa *prática* observada na *realidade brasileira* provoca, por sua vez, inquietações *acadêmicas* de substancial envergadura, em especial sob a perspectiva da prevalência de uma prática jurisprudencial de matriz *principiológica* em detrimento, por exemplo, da *legislada*<sup>8</sup>. Essa ressalva é posicionada como *premissa metodológica* que desloca a investigação para o campo da *teoria do direito*, concentrando a análise nos *fundamentos filosóficos e científicos* das decisões, os quais, à luz da repercussão geral e autoridade vertical dos precedentes que emanam, acabam potencializando, para bem ou mal, os reflexos políticos, sociais, econômicos e ecológicos oriundos de casos em que o *complexo*<sup>9</sup> tema da preservação do meio ambiente foi submetido ao crivo do Estado-juiz<sup>10</sup>.

---

esferas judiciais, encontrando, inclusive, grande espaço na pauta dos nossos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Há inúmeras decisões judiciais que avançaram em relação à legislação ambiental, muitas vezes influenciadas pela doutrina, consagrando novos institutos jurídico-ambientais ou mesmo dando interpretação mais protetiva ao ambiente, inclusive a ponto de reconhecer um princípio hermenêutico *in dubio pro natura* (...)" (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 357-358). Também em defesa de uma hermenêutica própria para o direito ambiental: LEITE, José Rubens Morato & BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *O estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica*. In Revista Sequência, n. 60, p. 291-318, jul. 2010; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011; SILVA, Leliane Aguiar da & MASCARENHAS, Diego Fonseca. *Hermenêutica e sua projeção na ampliação de sensibilidades jurídicas no direito ambiental*. In Revista Amazônia em Foco, Castanhal, v. 3, n.5, p. 43-63, jul./dez., 2014, p. 43-63; STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. *Do direito socioambiental aos direitos da sociobiodiversidade: um novo olhar epistemológico na relação entre seres humanos e natureza*. In Cadernos Jurídicos. OAB/PR. Curitiba. n. 63. Abril/2016, p. 2-3; LEITE, José Rubens Morato, BELCHIOR, Germana Parente Neiva & PERALTA, Carlos E. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - R.TRF1. Brasília. v. 28 n. 9/10 set./out. 2016, p. 21-38; BELCHIOR, Germana Parente Neiva & FERREIRA, Rebeca Costa Gadelha da Silveira Lopes. *Elementos de uma hermenêutica da incerteza para a racionalização dos desastres no Brasil*. In Revista direitos sociais e políticas públicas (UNAFIBE). v. 6, n. 2, 2018, p. 176-208.

<sup>8</sup> Sérgio Said Staut Júnior, a esse respeito, assim observa: "Cabe mencionar, ainda, a preocupação crescente, na própria doutrina, com a questão da construção e respeito aos precedentes e com temas como ativismo e decisionismo judicial. Tais inquietações se devem justamente porque demanda-se por maior segurança ou certeza no âmbito judicial. Assim, falar em um direito jurisprudencial e doutrinário (baseado em princípios) como se isso fosse, aprioristicamente, melhor do que um direito dito 'legislado', pode conter algumas armadilhas que devem (ou deveriam) ser evitadas". (STAUT JÚNIOR. Sérgio Said. *Quem tem o poder de "dizer o direito"? os princípios jurídicos entre legisladores e juristas*. In CUNHA, J. S. Fagundes. (Org.). v. 1. O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 1.347).

<sup>9</sup> Sobre a noção de meio ambiente e complexidade, à luz de sua correlação com o preceito de sustentabilidade: BELCHIOR, Germana Parente Neiva & VIANA, Iasna Chaves. *Sustentabilidade e meio ambiente: reflexões sob o olhar da complexidade*. In Revista AREL FAAR, Ariquemes, RO, v. 4, n. 1, p. 72-90, jan. 2016.

<sup>10</sup> Ou revelando, conforme a percepção de Ramon Grenteski Ouais Santos, a possibilidade de que se estabeleçam *pactos intertemporais* entre os magistrados: "É profundamente perturbador, do ponto de vista teórico, que não exista regra

Qual seria, então, a importância da *teoria do direito* para a disciplina da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional? Tendo-se em mente que a métrica sugerida para resposta a essa *segunda parte* da indagação inicial exige *precisão científica*<sup>11</sup>, o foco de estudo se voltará à identificação e compreensão dos principais *discursos* dos quais as Cortes Superiores do país têm se utilizado para *validar, interpretar e legitimar* normas de conduta relacionadas ao tema da proteção integral do meio ambiente. Não se pretende com a discussão formular crítica à jurisprudência, no sentido de ser *boa, má, mais ou menos eficaz* frente a tal desiderato. Afinal, como se verá, além de as decisões selecionadas *carecerem* de indicadores para esse tipo de avaliação, uma análise de resultados teria de levar em consideração os limites inerentes às teorias que as embasaram, além de questões relacionadas à *subjetividade* de quem decidiu e à *realidade social, política, econômica, ecológica* ou até mesmo *moral* do país *nas épocas* em que proferidas, aspectos cujo enfrentamento escaparia à proposta deste trabalho.

O que se quer, portanto, é, colocando-se o *direito* e a *jurisprudência ambiental* brasileiros na posição de *objetos* - e *distanciando-se* a análise, tanto quanto isto seja possível, do ponto de vista do *participante* - destacar alguns problemas de ordem *teórica* vislumbrados em decorrência das decisões jurisdicionais examinadas. A hipótese central subjacente ao trabalho parte da perspectiva de que, independentemente do sentido dado em cada caso à ideia de proteção integral do meio ambiente, paradigmas filosóficos ou métodos científicos por vezes *insuficientes*, assim como desacordos conceituais (*teóricos*) prévios quanto às premissas de regência das condutas humanas em prol do equilíbrio ecológico, privilegiam a *insegurança* e a *incerteza* em detrimento da *previsibilidade* que se poderia esperar de um sistema jurídico *coerente*.

---

escrita alguma que determine aos juízes do common law seguir precedentes. A ideia de que exista um princípio não-escrito que direciona para uma metodologia em que decisões do passado devem ser mantidas decorre exclusivamente de um imperativo racional para prevenir injustiças e ineficiências. Por certo, não houve uma convenção de juízes, tampouco se escreveu um livro secreto apenas aos iniciados. Quando se fala em pacto, quer-se destacar que o direito depende fundamentalmente da internalização e do compartilhamento de crenças e de objetivos entre sujeitos diversos. Sem isso, não há sistema jurídico". (SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. *A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2018, p. 44). A partir dessa leitura, precedentes relacionados à proteção integral do meio ambiente poderiam passar a ser compreendidos como dotados de um caráter ultradimensional, devido à exponenciação de seu interesse intergeracional. Isso foi inclusive registrado, por exemplo, no julgamento da ADI 4.983/CE, a ser analisado neste trabalho (item 2.6), na qual se discutiu a prática da vaquejada: "(...) se fixarmos uma tese jurídica "a crueldade é inerente à vaquejada e, portanto, ela é inconstitucional", essa tese produz efeitos para além do caso concreto, agora já por força de disposição expressa do Código de Processo Civil, no artigo 998, elaborado sob a liderança do nosso querido Ministro e Professor Luiz Fux". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-4983/CE. *Op. cit.*, Observação Min. Luís Roberto Barroso, em resposta ao Min. Gilmar Mendes, p. 2-3).

<sup>11</sup> Conforme observação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer: "É claro que justamente o controle dos atos estatais (...), com base nos princípios, demanda rigor metodológico, o exercício do dever de motivação adequada e por vezes uma saudável autocontenção do Poder Judiciário, pena de tal controle desembocar em arbítrio e voluntarismo (...)". (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33-34).



Nessa empreitada, o estudo apresenta, no Capítulo 1, um panorama das ideias centrais que vêm inspirando os julgamentos das Cortes Superiores brasileiras sobre o tema da proteção integral do meio ambiente: desde a promulgação da Constituição vigente; partindo da noção de modernidade reflexiva decorrente de uma sociedade de risco; do ecologismo internacional enquanto fundamento de uma nova ordem ecológica; passando pelo constitucionalismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo ambiental, pelos subsequentes preceitos “in dubio pro natura”, “não retrocesso ambiental” e pelos direitos dos animais não-humanos; chegando, finalmente, ao marco dos atores com poder de veto e do protagonismo judicial ambiental. Trata-se apenas de um intento de organização e explanação didática dos discursos mais importantes ou recorrentes, sem nenhuma pretensão de esgotamento ou suposição de que seriam os únicos.

Os casos selecionados estão organizados nos Capítulos 2 e 3, em ordem cronológica, titulados conforme paradigmas ou métodos citados nas decisões e apresentados mediante síntese das respectivas pretensões, com exposição dos discursos e discussões considerados mais relevantes à luz da delimitação e da problematização definidos para a pesquisa. A investigação foi tanto *quantitativa* quanto *qualitativa*, consistindo em ampla revisão de *acórdãos* proferidos pelo STF e pelo STJ entre 05/10/1988 e 05/10/2018, além de *teses oficiais* e *súmulas* editadas até a conclusão do estudo em 31/12/2018<sup>12</sup>. Inicialmente, foram utilizadas as expressões “meio ambiente”, “direito ambiental” e variações nas ferramentas de consulta disponíveis nos sites institucionais dos respectivos tribunais na Internet. O levantamento junto ao STF considerou um total de 393 Acórdãos, 3.806 Decisões Monocráticas, 166 Decisões da Presidência, 01 Questão de Ordem e 10 Repercussões Gerais. Já aquele realizado junto ao STJ se debruçou sobre 2.478 acórdãos (sendo 10 repetitivos), 28.107 Decisões Monocráticas, 123 Informativos de Jurisprudência, 11 *teses oficiais* e 04 *súmulas* (613, 618, 623 e 629, todas de 2018). Num segundo momento, a busca se voltou aos julgados que, em âmbito *doutrinário*, foram referenciados como fontes centrais da macroestrutura normativa jurisprudencial do país no tema da proteção integral do meio ambiente. Combinadas e cruzadas as informações, a escolha recaiu apenas sobre julgamentos *colegiados* em que houve referência *expressa* a algum paradigma ou método de julgamento, tentativa de delimitação da ideia de proteção integral do meio ambiente ou enfrentamento de problemas de ordem filosófica e científica decorrentes de sua utilização como fundamento de decisão.

---

<sup>12</sup> A escolha do STF e STJ como matrizes amostrais das orientações jurisprudenciais dominantes sobre o tema em estudo se deve ao caráter preponderantemente hierárquico, político, geral, integrativo, uniformizador e de ampla (até mesmo vinculante) eficácia de suas respectivas decisões. Não foram incluídos, nesta oportunidade, casos relacionados à proteção do meio ambiente do trabalho, cuja competência de julgamento da justiça laboral já foi afirmada pelo STF: COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDIÇÕES DE TRABALHO. Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 206220/MG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999).

O Capítulo 4 convida, finalmente, a uma reflexão sobre novos desafios e perspectivas que os desdobramentos teóricos dos julgamentos analisados oferecem à disciplina do tema da proteção do meio ambiente pela via da jurisdição. A discussão é realizada sob algumas perspectivas críticas que se autointitulam *pós-modernas*<sup>13</sup>, a exemplo da *ecojurislação e da revolução ecojurídica*, discutindo-se problemas como: desacordos conceituais (teóricos) prévios sobre o direito que se vislumbram ainda latentes em sociedade; o “pamprinciologismo” enquanto técnica de validade e interpretação; além de limites das propostas jusnaturalista, juspositivista e sua relação com o neo(pós)positivismo. Será também realizada uma análise da influência do *common law* e do realismo pragmático na tradição jurídica brasileira, apresentando-se, a título de fechamento, as perspectivas da tópica jurídica, enquanto técnica de legitimação de decisões, bem como do pluralismo e do cosmopolitismo jurídico sobre a questão da legitimidade democrática do protagonismo judicial ambiental. Não se tratam, sem dúvida, das únicas leituras possíveis a título de problematização, refletindo apenas um esforço de realização de diagnóstico a partir de algumas propostas teóricas contemporâneas que se mostraram de grande valia e utilidade para compreensão da realidade fenomênica examinada.

---

<sup>13</sup> Não se trata, portanto, de um conceito unívoco, definido, definitivo, proposto ou assumido como próprio (ou correto) neste trabalho, mas tão somente de uma noção (ou compreensão) do mundo contemporâneo que costuma ser referida, e com alguma frequência localizada, tanto na literatura quanto na prática forense, com contornos como aqueles a que se referiu, por exemplo, António Manuel Hespanha a partir do pensamento de Zygmunt Bauman (*Legislators and interpreters: on modernity, postmodernity and intellectuals*. Cambridge: Polity Press, 1987): “Num ensaio de 1987 sobre a sociologia dos intelectuais, Zygmunt Bauman estabelece uma polaridade entre duas visões básicas da ordem do mundo, cada uma delas correspondendo ao modernismo e ao pós-modernismo, embora não se esgotando em nenhuma das posições: A típica visão moderna do mundo é a de uma totalidade essencialmente ordenada; a presença de um padrão de desigual distribuição de probabilidades permite uma espécie de explicação dos eventos que — a estar correcta — é simultaneamente uma ferramenta de previsão e (se disponíveis os recursos necessários) de controle. O controle «domínio sobre a natureza», «planificação» ou «concepção» da sociedade) está simultaneamente associado à acção de ordenação, entendida como a manipulação das probabilidades (tornar certos eventos mais prováveis e outros menos prováveis). A eficácia do controle depende da correcção do conhecimento da ordem «natural». Tal conhecimento correcto é, em princípio, alcançável. A eficácia do controle e a correcção do conhecimento estão intimamente ligadas (a segunda explica a primeira, a primeira confirma a segunda), seja na experiência laboratorial, seja na prática social. Entre ambas fornecem os critérios necessários à classificação das práticas sociais como superiores ou inferiores”. (HESPANHA, António Manuel. *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna*. In *Análise Social*, vol. XXXVI (161), 2001, 1183-1208, p. 1183, disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218730673W4tYC7xw4Vr07TF8.pdf>, acesso em 21/04/2019). Também sobre o tema, Érica de Oliveira Hartmann e Guilherme Roman Borges: “A era atual comporta um processo de passagem do paradigma industrial para o paradigma dos serviços e da informação - é a chamada pós-modernização ou informatização econômica, e comporta toda uma nova definição dos elementos do plano social. Há migração do trabalho das indústrias para os serviços terceirizados de assistência médica, educação, finanças, transporte, diversão, publicidade, entre outros, e os empregos são de regra bem mais instáveis e requerem maior flexibilidade de aptidões por parte do trabalhador. Isso sobretudo nos países dominantes, por óbvio, mas mesmo entre eles essa pós-modernização ocorre de maneira distinta. E, embora os países dominados não tenham condição de acompanhá-los, fato é que essa nova realidade impõe a esses países estratégias de mudanças irreversíveis. A mudança de paradigma determina, em verdade, uma mudança do próprio ser humano, conforme Hardt e Negri”. (HARTMANN, Érica de Oliveira; BORGES, Guilherme Roman. *A globalização e o estado-nação: rumo à pós-modernidade e ao estado cosmopolita?* In *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2004*. ISSN 2236-7284, p. 161. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38325>, acesso em 31/12/2018).

# 1 DISCURSOS CONTEMPORÂNEOS DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

## 1.1 MODERNIDADE REFLEXIVA E SOCIEDADE DE RISCO

*A disciplina da relação entre humanidade e meio ambiente pelo direito não é fenômeno recente. A literatura mundial, não só a jurídica, apresenta vários registros da utilização de estruturas de poder e de normas jurídicas pelas civilizações ao longo da história para a definição das bases desse tipo de interação*<sup>14</sup>.

Não obstante, um pensamento *científico* sobre essa questão, hoje organizado sob a denominação *Direito Ambiental*, é algo relativamente *contemporâneo*. Agora, mais do que preocupações *pontuais* quanto a interesses, limites ou fundamentos jurídicos da interação com a natureza em certos locais e contextos históricos, nota-se um caráter de *sistematização racional e discussão*, em âmbito *global*, desse conhecimento<sup>15</sup>.

Essa realidade teria induzido, num primeiro momento, a um modelo de relação com a natureza limitado à tomada de decisões por motivo de *sobrevivência* ou obtenção de algum *recurso* específico e imediato. Numa perspectiva *dual*, sob a ilusão de uma disponibilidade plena, não havia propriamente preocupação de ordem *moral* ou *ética* (*valorativa*) na interação com o meio ambiente. A escavação de uma rocha para formar abrigo, o corte de árvores para obtenção de lenha, a coleta de frutos, o plantio de roças etc., não eram condutas merecedoras de maior reflexão do que a necessária para se descobrir a forma mais eficiente de realizá-las: com menor esforço, no menor tempo, pelo menor custo.

---

<sup>14</sup> A título exemplificativo, os seguintes casos, ambos do século XVI, foram comentados pelo filósofo francês Luc Ferry em obra elaborada na aurora do movimento jusfilosófico ecológico europeu: “1587: os habitantes da aldeia de Saint-Julien levam ao juiz episcopal de Saint-Jean-de-Maurienne um processo contra uma colônia de besouros. Tendo os insetos invadido as vinhas, onde causaram danos consideráveis, os agricultores pediram que seus curadores escrevessem em seus nomes uma petição ao senhor reverendo vigário geral e oficial da diocese de Maurienne, a quem imploraram a bem querença de lhes prescrever as medidas apropriadas para aplacar a ira divina e de proceder conforme as regras, por meio da excomunhão ou qualquer outra censura adequada, para a expulsão definitiva das bestas. Quarenta anos antes, em 1545, um julgamento idêntico já havia ocorrido contra os mesmos besouros (ou pelo menos seus ancestrais). O caso havia terminado com a vitória dos insetos, que foram defendidos, é verdade, pelo advogado para eles escolhido, conforme requeria o procedimento, pelo próprio juiz episcopal”. (FERRY, Luc. *Le nouvel ordre écologique – l’arbre, l’animal et l’homme*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 1992, p.9).

<sup>15</sup> Luc Ferry apresenta os *novos contornos* da problemática ambiental da seguinte maneira: “Se os serviços de saúde mostraram que fumar causa doenças graves, se os laboratórios identificaram o efeito desastroso dos aerossóis, se os próprios fabricantes de automóveis devem reconhecer uma ligação entre a poluição dos gases de escape e o desmatamento, não é insensato o caminho da depredação? E não é (...) o mundo moderno inteiro, com seu antropocentrismo, arrogante na indústria como na cultura (os dois se separam ainda?), que conviria incriminar?”. (FERRY, Luc. *Le nouvel ordre écologique... Op. cit.*, p. 23).

Esse formato de interação predominou por pelo menos 200 mil anos<sup>16</sup>, desde o surgimento do *Homo sapiens*, somente passando a ser refreada, ao menos de modo oficial e internacionalmente convencionado, a partir dos anos 1970. Foi naquela década que o movimento ambientalista ganhou escala global, passando a influenciar o comportamento dos mais diversos países do mundo, os quais, cada um a seu tempo e modo, paulatinamente começaram a internalizar novas diretrizes de conduta para com o meio ambiente<sup>17</sup>.

A dificuldade enfrentada pela ciência em dar resposta eficaz às adversidades derivadas de fenômenos como, por exemplo, a explosão da população mundial<sup>18</sup>, no contexto da qual o esgotamento dos recursos naturais geralmente se coloca, é apontada por correntes da psicanálise dedicadas ao estudo do livre comportamento humano como fator *aggravante* de um *sentimento natural*, que surgiria diante da possibilidade de um horizonte indesejado: *medo*. Medo de catástrofes, fome, doenças e, conseqüentemente, da inaptidão das formas de organização social tradicionais em responder aos *anseios* modernos. Enquanto a *modernidade*<sup>19</sup> sugeriria uma possibilidade de controle da natureza pela *racionalidade*, a *revolução industrial e tecnológica* dos séculos XIX, XX e XXI teriam trazido consigo *incertezas*, *imprevisibilidades* e o compartilhamento, em escala mundial, de *risco*, de perigo, de danos, enfim, de prejuízos

---

<sup>16</sup> A estimativa é do Smithsonian National Museum of Natural History: “A espécie a que você e todos os outros seres humanos vivos neste planeta pertencem é *Homo sapiens*. Durante um período de mudança climática dramática, há 200.000 anos, o *Homo sapiens* evoluiu na África. Como outros humanos antigos que viviam naquela época, eles descobriram e caçaram comida, e evoluíram comportamentos que os ajudaram a responder aos desafios da sobrevivência em ambientes instáveis”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Smithsonian National Museum of Natural History. *What does it mean to be human*. 2016. Disponível em <http://humanorigins.si.edu/evidence/human-fossils/species/homo-sapiens>, acesso em 31/12/2018).

<sup>17</sup> A Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente aconteceu em 1972, dela derivando a Declaração de Estocolmo (BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção de Estocolmo de 1972*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc>, acesso em 31/12/2018), cujos princípios inspiraram, por exemplo, na década seguinte, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente brasileira, que é de 1981 (Lei Federal 6.938, de 31/08/1981).

<sup>18</sup> São hoje quase 8 bilhões de pessoas consumindo e gerando resíduos muito além da capacidade natural de sustentação entre oferta e demanda (conforme NAÇÕES UNIDAS. Department of Economic and Social Affairs – Population Division. *World population prospects – The 2017 revision*. Disponível em <https://population.un.org/wpp/>, acesso em 31.12.2018, e de acordo com o senso WORLDOMETERS, disponível em <http://www.worldometers.info/world-population/>, acesso em 31.12.2018).

<sup>19</sup> Segundo Michel Villey: “O mundo jurídico moderno concorda sobre certas teses, todas elas marcadas por um selo individualista: - existência de ‘direitos naturais’ do indivíduo. Fundamento do sistema de Hobbes, amorosamente acalentado por Locke, por Pufendorf, Thomasius, Wolff, até produzirem nossas solenes Declarações dos Direitos do Homem; construção artificial do Estado pelo *contrato social* no interesse e para a *utilidade* dos indivíduos (*positivismo*, no sentido originário da palavra) que é o corolário da tese do contrato social e do estado de natureza anárquico: pois, se o indivíduo é livre no estado de natureza e a natureza não regula as relações sociais, não pode haver outro direito senão aquele *disposto* pelo Estado (há bastante positivismo, atenuado pelo reconhecimento de uma camada superior de direito natural, até mesmo na escola do direito natural); enfim, o elemento primordial do sistema do direito (tanto positivo como natural) passa a ser a noção do *direito subjetivo*, de que a teoria do *contrato* constitui apenas um prolongamento; e também seu sucesso acaba sendo universal.” (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 177).



coletivos imprevisíveis, todos passíveis de advir de decisões que ocasionem impactos ao meio ambiente<sup>20</sup>.

A academia denomina *modernidade reflexiva* esse período histórico em que teriam passado a ser *criticamente revistos* os valores e as *expectativas* geradas pelo modo de se pensar da *modernidade*. De acordo com essa teoria, as relações humanas passariam a ser analisadas sob o prisma de uma *sociedade de risco*, na qual as decisões acerca da licitude ou da ilicitude de determinadas condutas seriam tomadas mais pela *probabilidade aceitável* de materialização de efeitos indesejáveis *no longo prazo* do que propriamente por benefícios *imediatos* e *inegáveis* *no curto prazo*. Trata-se de teoria difundida pioneiramente por Anthony Giddens, Scott Lash e Ulrich Beck<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Trata-se, segundo o pensamento do psicanalista alemão, filósofo e sociólogo, Erich Fromm (1900-1980) de um transtorno no plano psicológico individual que, por sua vez, resulta mudanças relevantes no plano sociocultural geral, uma vez que se trata de espécie que integra um gênero mais abrangente de “mecanismos de fuga, decorrentes da insegurança do indivíduo isolado. Uma vez que sejam rompidos os vínculos primários que davam segurança ao indivíduo, uma vez que este enfrente um mundo exterior como uma entidade completamente independente, dois caminhos se lhe apresentam para superar o estado insuportável de impotência e solidão. Por um, ele pode progredir para a liberdade positiva, pode relacionar-se espontaneamente com o mundo pelo amor e pelo trabalho, na expressão legítima de suas capacidades emocionais, sensoriais e intelectuais; pode, assim, unir-se uma vez mais ao homem, à *Natureza* e a si mesmo, sem renunciar à independência e à integridade de seu ego individual. O outro caminho com que depara permite-lhe recuar, desistir de sua liberdade e procurar vencer sua solidão eliminando a brecha que se abriu entre ele e o mundo. (...) Não é, pois, uma solução que leva à felicidade e à liberdade positiva; ela é, em princípio, uma solução que se encontra em todos os fenômenos neuróticos. Ela mitiga uma angústia insuportável, e evitando o pânico, possibilita viver; contudo, não *resolve* os problemas subjacentes (...)”. (FROMM, Erich. *O medo à liberdade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 117).

<sup>21</sup> Eis a proposta por eles enunciada: “A ideia de que o dinamismo da sociedade industrial destrói os seus próprios fundamentos relembra a mensagem de Karl Marx de que o capitalismo é o seu próprio coveiro, mas, no entanto, significa outra coisa bastante diferente. Primeiro, e repito, a nova forma social não é produzida pelas crises, mas sim pelas vitórias do capitalismo. Segundo, isto significa que o que está a dissolver os contornos da sociedade industrial não é a luta de classes, mas sim a modernização normal e a modernização avançada. A constelação que está a surgir, como resultado de tudo isto, também não tem nada em comum com as (por agora falhadas) utopias da sociedade socialista. O que se afirma é que o dinamismo industrial de alta velocidade está a dar origem a uma nova sociedade, sem a primitiva explosão de uma revolução, escapando aos debates políticos e às decisões parlamentares e governamentais. Então, é suposto que a modernização reflexiva signifique uma mudança na sociedade industrial, a qual ocorre subrepticiamente e de modo não planejado no acorlar de uma modernização normal, autonomizada, e, com uma ordem política e econômica intacta não transformada, implique o seguinte: uma radicalização da modernidade, o que quebra os contornos e as premissas da sociedade industrial e abre caminho a uma outra modernidade. (...) A modernização reflexiva, enquanto modernização a larga escala, livre e transformadora da estrutura, merece mais do que a curiosidade filantrópica como uma espécie de “nova criatura”. Esta modernização da modernização é também, politicamente, um fenômeno importante que requer a maior atenção. Por um lado, implica inseguranças profundas, difíceis de delimitar, de toda uma sociedade, com lutas entre facções a todos os níveis, também elas difíceis de delimitar. Ao mesmo tempo, a modernização reflexiva abarca apenas um dinamismo de desenvolvimento que pode, por si só, ter consequências precisamente opostas. A isto se junta, em vários continentes e grupos culturais, o nacionalismo, a pobreza em massa, o fundamentalismo religioso de várias facções e credos, as crises econômicas e ecológicas, as possíveis guerras e revoluções, sem esquecer os estados de emergência produzidos por acidentes catastróficos; ou seja, o dinamismo conflituoso da sociedade de risco, no sentido mais restrito”. (BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 3-4). Além desse texto, faz-se o registro da seguinte conferência proferida por Ulrich Beck: <https://www.youtube.com/watch?v=PeKiD5JLGIE>, acesso em 31/12/2018.

Segundo António Manuel Hespanha, se reportando ao pensamento dos referidos autores, o tema do risco teria sido colocado em voga como elemento definidor para a própria noção de sociedade contemporânea, expondo sobremaneira, e fundamentalmente, *deficiências* em termos de *segurança* quanto ao *futuro*, inclusive no que se refere à “maximização de uso de recursos naturais finitos” e à “manipulação da natureza”<sup>22</sup>.

Exemplos dessa *ideologia de sociedade de risco* estariam na progressiva proibição do uso indiscriminado de agrotóxicos e de sementes transgênicas, de práticas como o *fracking* para a obtenção de gás natural<sup>23</sup>, o aterramento de rios, lagos e mares para expansão de áreas de ocupação humana, fins militares<sup>24</sup> etc. Mesmo que tais condutas possam ocasionar benefícios e atender interesses *imediatos*, o receio de que também possam, no *futuro*, trazer prejuízos incomensuráveis tem estimulado a edição de normas que as restrinjam ou vedem.

Nesse contexto, não só temas como energia nuclear ou aquecimento global se tornam desafiantes. Mesmo questões corriqueiras ligadas à agricultura, pecuária, mineração, silvicultura, consumo de água, enfim, a tudo que é basilar e tradicional em sociedade, se torna potencial alvo de questionamento e, conseqüentemente, de disciplina jurídica.

---

<sup>22</sup> Para Hespanha: “O apreço pela segurança prende-se com a informação deficiente que nós temos sobre o futuro. Esta pode decorrer do facto de que o futuro depende de ocorrências incertas (acaso) – que, sendo susceptíveis de causar danos, se chamam “riscos” – ou da multiplicidade de escolhas existentes para a nossa acção e para a reacção dos outros. O tema risco – e a definição da sociedade contemporânea como uma “sociedade de risco” (Risikogesellschaft, risk society) – foi posto em voga por textos de Antony Giddens; e, sobretudo, de Ulrich Beck. A novidade dos riscos sociais actuais não está na sua nova magnitude, nem no facto de serem provocados, em larga medida, por factos do homem, mas na circunstância de serem conseqüências necessárias de uma certa forma de “modernização” da organização económica – industrialização massiva, maximização de uso de recursos naturais finitos, manipulação da natureza, uso intensivo de químicos sintetizados, recurso a formas perigosas de energia, uso da engenharia genética etc. Por outro lado, ao contrário do que aconteceu noutras épocas, estes meios de produção são conscientemente utilizados, como resultado de uma certa reflexão sobre os seus custos-benefícios (que o último autor acusa de imprudente, cega para os efeitos e perigos dos processos sob análise)”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 172-174).

<sup>23</sup> Para maiores informações sobre o *fracking*: BRASIL. JORNAL OUTRAS PALAVRAS. *Fracking já ameaça também o Brasil*. Disponível em <http://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/fracking-ja-ameaca-tambem-o-brasil/>, acesso em 31/12/2018.

<sup>24</sup> Vide, neste sentido, a seguinte notícia: REUTERS. *China switches on lighthouse on artificial island in South China Sea*. 06/04/2016. Disponível em <https://www.yahoo.com/news/china-begins-operation-lighthouse-artificial-island-south-china-012724417.html>, acesso em 31/12/2018.

## 1.2 ECOLOGISMO INTERNACIONAL E NOVA ORDEM ECOLÓGICA

O *ecologismo*, *movimento ecológico* (*ecologista* ou *ambientalista*) da década de 1970, tendo catalisado a conscientização sobre os potenciais riscos que a própria humanidade oferece à manutenção das condições de vida no planeta, é lembrado como principal marco de uma *transição mundial* de pensamento (preocupação *pontual* vs. *sistêmica*) e, desse modo, influenciador tanto de diretrizes de organismos internacionais quanto de ordens jurídicas internas das nações em relação ao ambiente<sup>25</sup>.

A esse respeito, Carla Pinheiro registra que o próprio Direito Ambiental surgiria como produto de *fontes internacionais*, as quais teriam atribuído *extensão específica* à ideia de proteção do meio ambiente, passando a funcionar, nessa perspectiva, antes como *norma-regra* do que *norma-princípio* no âmbito dos *ordenamentos* nacionais.<sup>26</sup>

Em quase meio século transcorrido desde então, observou-se a formação de uma *cultura ambiental*<sup>27</sup> permeada por várias áreas do conhecimento, profusa atividade *normativa estatal* (*executiva* e *legislativa*), além de orientação *doutrinária* e *jurisprudencial*. Tudo isso, não obstante, aparentemente em proporção inversa ao ritmo de exploração da natureza e à capacidade humana de evitar, ou ao menos de minimizar com rapidez, efeitos colaterais negativos que, conforme sucessivos alertas da comunidade científica, passaram a se materializar.

Visando contornar problemas emergentes em uma sociedade de risco, que se organiza e se comporta a partir do *medo generalizado* de que *impactos ambientais de grande monta* ocorram, o pensamento ecológico passou a fomentar propostas teóricas de sistemas jurídicos de proteção ambiental mundo a fora. Produto de uma preocupação em escala global, suas formações se embasaram em ideais voltados, num primeiro momento, à elevação da natureza à categoria de *bem* juridicamente relevante e, como tal, *objeto* do direito. Desse giro, derivaram,

---

<sup>25</sup> John McCormick assim registra o período em comentário: “Em abril de 1970 trezentos mil americanos - talvez mais - participaram do Dia da Terra, a maior manifestação ambientalista da história. Reportagens de capa e manchetes de jornais proclamaram o advento do ambientalismo como uma questão pública fundamental. Para a revista Time, o meio ambiente era o tema dos anos 70. Para a Life, tratava-se de um movimento que estava destinado a dominar a nova década. Nesse ínterim, já havia começado o trabalho para uma das maiores conferências das Nações Unidas jamais realizada, a qual reuniu representantes de 113 nações em Estocolmo para discutir os problemas do meio ambiente global”. (MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 63).

<sup>26</sup> A compreensão da autora é a seguinte: “O direito ambiental nasceu das fontes internacionais de direito. Daí o surgimento do direito ambiental internacional com fontes e objeto próprios. Algumas dessas normas foram adotadas pelos ordenamentos jurídicos internos de cada país, que lhes conferiram uma extensão específica, sobretudo quando as normas originalmente adotadas constituíram normas-princípio e não normas-regra, como ocorreu na formação do direito ambiental como ramo do direito”. (PINHEIRO, Carla. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79).

<sup>27</sup> Conceito aqui enunciado a partir do pensamento de A. M. Kadir: “A cultura ambiental (CA) é o comportamento total aprendido, atitudes, práticas e conhecimentos para a sociedade em relação aos recursos naturais”. (KADIR, A. M. *Inserting the environmental culture as a specific element within EMS in oil and gas industry operations. Energy and sustainability. Transactions on Ecology and the environment*. UK: Wit Press, 2014, p. 369. Disponível em <http://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/ESUS14/ESUS14031FU1.pdf>, acesso em 31/12/2018).

num segundo momento, normas de disciplina específica para se permitirem ou proibirem condutas em busca do equilíbrio ecológico.

LUC FERRY, investigando os fundamentos filosóficos que influenciaram o surgimento de sistemas jurídicos de proteção ambiental a partir da década de 1990, organizou em três categorias (“Les trois écologies” - *As três ecologias*) os elementos dessa *nova ordem ecológica* (*nouvel ordre écologique*): *direitos humanos, direitos dos animais e direitos das árvores*<sup>28</sup>. Esses arquétipos seriam permeados pela ideia de que a interação com a natureza deveria se dar de forma *equilibrada (sustentável)*, sem risco para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. A partir dessa visão, seriam *multidimensionais* as fontes alimentadoras da ideia de *sustentabilidade*<sup>29</sup>, as quais se remeteriam, em última análise, à difícil tarefa de compatibilização entre as demandas econômico-sociais de bilhões de seres humanos e as finitas fontes de suprimento existentes na natureza. Na medida em que tal contingente de pessoas

---

<sup>28</sup> Luc Ferry assim descreve os arquétipos conceituais de sua teoria: “O primeiro, sem dúvida o mais banal, mas também o menos dogmático, porque o mais doutrinário, parte da ideia de que, através da natureza, é ainda e sempre o homem que se deve proteger, até de si mesmo, quando ele brinca de aprendiz de feiticeiro. O ambiente não é dotado aqui de um valor intrínseco. (...) A segunda figura dá um passo na atribuição de uma significação moral a certos seres não-humanos. Consiste em levar a sério o princípio "utilitarista" de acordo com o qual é necessário não apenas recuperar o interesse próprio dos homens, mas mais geral tender a diminuir ao máximo a soma de sofrimento no mundo, assim como aumentar ao máximo possível a quantidade de bem-estar. Nesta perspectiva, muito presente no mundo anglo-saxão, onde se funda o imenso movimento chamado de "libertação animal", todos os seres suscetíveis de prazer e dor devem ser tidos por sujeitos de direito e tratados como tais. (...) A terceira forma é aquela que já vimos trabalhando na reivindicação do direito das árvores, ou seja, da natureza como tal, inclusive em suas formas vegetal e mineral. (...) é bem disto que se trata nesta última versão da ecologia, onde o antigo 'contrato social' dos pensadores políticos deve dar lugar a um 'contrato natural', dentro do qual o universo inteiro se tornaria sujeito de direito: não é mais o homem, considerado como o centro do mundo, que se deve antes de tudo proteger dele mesmo, mas o cosmo como tal, que devemos defender contra os homens. O ecossistema - a "biosfera" - é então investido de um valor intrínseco muito superior àquele dessa espécie bastante prejudicial, que é a espécie humana”. (FERRY, Luc. *Le nouvel ordre écologique – l'arbre, l'animal et l'homme*. *Op cit.*, p. 26-28).

<sup>29</sup> Presente, dentre outros, no art. 3º, II, c/c 225, ambos da Constituição brasileira de 1988, e no Princípio 4 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, proferida em Estocolmo/Suécia, de 5 a 16/06/1972: “O homem tem uma responsabilidade especial pela proteção e sábia gestão da herança da vida selvagem e de seu habitat, que agora estão gravemente ameaçados por uma combinação de fatores adversos. A conservação da natureza, incluindo a vida selvagem, deve, portanto, ser importante no planejamento do desenvolvimento econômico. (NAÇÕES UNIDAS, *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>, acesso em 31.12.2018); em "Our Common Future" (“Nosso Futuro Comum”), o influente Relatório Brundtland de 1987 buscou soluções para problemas paralelos, como degradação ambiental global e falta global de desenvolvimento social e econômico, pedindo que tais desafios sejam endereçados de um modo integrado, pelos interesses das gerações presentes e futuras. No Relatório Brundtland, como mencionado acima, o desenvolvimento sustentável foi definido como o ‘desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades’. Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Declaração do Rio de 1992, Estados se comprometeram com o desenvolvimento adicional do direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável (Princípio 27). Na Agenda 21 de 1992, os Estados elaboraram que isso envolveria desenvolvimento adicional do direito internacional sobre desenvolvimento sustentável, dando especial atenção ao delicado equilíbrio entre as preocupações ambientais e de desenvolvimento”. (CANADA. CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE LAW. *What is sustainable development law? A CISDL concept paper*. Montreal, 2005, p. 1. Disponível em <http://cisdl.org/public/docs/What%20is%20Sustainable%20Development.pdf>, acesso em 31/12/2018).

depende diariamente de recursos limitados para sobrevivência, eventuais decisões acabam se pautando mais em torno do *possível*, do *justo*, do *receio abstrato* de perigo ou de *dano ambiental*, e menos sob a perspectiva da *juridicidade* ou da *legalidade* (em sentido amplo)<sup>30</sup>.

O desafio no trato jurídico do tema se projeta, conseqüentemente, em uma das principais dimensões utilizadas pelas democracias contemporâneas para disciplina da vida em sociedade, a *jurisdicional*, desdobrando-se tanto na perspectiva de um *direito constitucional (material)* quanto de um *direito processual ambiental (formal)*, ambos orientados por contornos específicos decorrentes de escolhas políticas realizadas em cada país e contexto histórico<sup>31</sup>.

### 1.3 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL

O fenômeno conhecido como *constitucionalismo*<sup>32</sup>, com raízes na *modernidade*, tem, dentre suas características, a delimitação da soberania pelo *direito* (preferencialmente *escrito* e emanado da *autoridade competente*), a qual se fundaria, por sua vez, numa renúncia coletiva e abstrata, em determinado momento histórico, de parcelas de liberdades individuais em prol de uma mesma entidade abstrata (*Estado*)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> É uma das ideias que inspiram o chamado princípio da *precaução*: “Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do Latim prae = antes e cavere = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis”. (Cf. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito ambiental: o princípio da precaução e sua abordagem judicial*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 06, nº 21, p. 92-102, Jan-Mar. 2001).

<sup>31</sup> Essa multifacetada manifestação (ou compreensão) do fenômeno da juridicidade ambiental é assim notada por Carla Pinheiro: “Como exemplo de modalidades do direito ambiental temos o direito ambiental internacional e o direito ambiental constitucional, além do direito ambiental, em sua concepção genérica, suprarreferida. Ele pode ser, ainda, concebido como direito ambiental material e direito processual ambiental”. (PINHEIRO, Carla. *Direito ambiental... Op. cit.*, p. 79).

<sup>32</sup> De acordo com os pressupostos desse movimento, a constituição se consagraria como algo que iria além de um pacto histórico fundante de determinado Estado. Nesta perspectiva, haveria em seu texto valores temporais e atemporais, especiais e universais, aos quais se deveria visita obrigatória como ponto de partida para solução de conflitos entre princípios e entre princípios e regras, sempre com vistas à harmonia e à paz social: “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: abril/junho 2005, p. 22).

<sup>33</sup> Conforme lição de Ferrajoli: “Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadoras; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”. (FERRAJOLI, Luigi *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista... Op. cit.*, p. 13).



Adrian Sgarbi destaca que o advento das constituições escritas e das codificações na Europa ocidental a partir do século XIX refletiria a consolidação das premissas do *positivismo jurídico*, na medida em que pautadas pelas ideias de: monopolização do poder político pelos Estados; definição das fontes, estrutura dos sistemas normativos, funções e finalidades; relações entre fenômenos; interpretação das normas jurídicas; avaliação política e propostas de reforma do direito em vigor<sup>34</sup>.

Já num contexto *pós-moderno*, a *ficção do poder constituinte* passaria a ser afetada por uma racionalidade *multidimensional*, com plurais propostas para enfrentamento dos desafios de um mundo em que as promessas modernas, da industrialização ou mesmo da revolução tecnológica não teriam se materializado plenamente<sup>35</sup>. O conceito se distanciaria, portanto, sob uma perspectiva *filosófica*, das balizas do *positivismo jurídico*, flertando com o *direito natural*, sob uma roupagem *neoconstitucional*<sup>36</sup>.

Como destaca Adrian Sgarbi, o fenômeno da “neoconstitucionalização” se referiria à *transferência* (ou *impregnação*) de *discussões* (ou *previsões*) relacionadas a *valores centrais* da sociedade (“disposições de princípio”) para o plano *constitucional*, como forma de “defender a humanidade contra atrocidades”. Consistiria, portanto, numa proposta de “adesão moral ao direito”, adotando como marco para o Estado constitucional a ideia de *justiça*<sup>37</sup>.

Eduardo Cambi, por sua vez, compreendendo os direitos fundamentais como um “consenso mínimo oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder”, sustenta que as Constituições modernas, ao instituí-los, teriam reconhecido “a supercomplexidade da sociedade”, assimilado o *pluralismo jurídico* e, assim, evitando ideologias totalitárias e inadequadas ao mundo contemporâneo que possam se opor ao livre desenvolvimento da pessoa humana<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-24.

<sup>35</sup> As características desse novo momento são assim compreendidas por José Eduardo Faria: “Dentro dessas normas e marcos, os atores econômicos, sociais e políticos gozariam de uma “hiper-responsabilidade”, ou seja, teriam a liberdade para desenvolver as mais variadas e criativas formatações contratuais, conforme seus respectivos espaços e contextos de atuação. Também poderiam optar pelos regimes normativos mais adequados às suas expectativas, interesses, objetivos e preferências – o que confere maior flexibilidade para a resolução de problemas complexos. Os atos estariam, inclusive, em condições de promover acordos de concertação social, assegurando nova configuração às relações entre capital trabalho, de firmar pactos corporativos orientados por objetivos de produtividade, aumento de competitividade e metas de sustentabilidade e de definir regulamentos associativos e códigos de boas práticas”. (FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137).

<sup>36</sup> “Para além deste traço comum, entretanto, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro modo, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida”. (FERRAJOLI, Luigi *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. *Op. cit.*, p. 13).

<sup>37</sup> SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito...* *Op. cit.*, p. 345-346.

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 24-26.

Já Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma que a elevação de prerrogativas humanas básicas (como a *dignidade*) à categoria de direitos fundamentais constitucionais teria sido a condição de possibilidade (*lógica e necessária*) para que, num segundo momento, *limites* a outros tipos de interação também pudessem ser estabelecidos, a exemplo daqueles relacionados aos direitos socioambientais<sup>39</sup>.

No mesmo sentido, Fernanda de Salles Cavedon defende que seriam as *conexões* entre *meio ambiente e direitos humanos* as que teriam maior capacidade de promover a incorporação de valores sociais de proteção à ordem jurídica, “numa dimensão ética, humanizada e voltada para a realização de uma concepção de justiça mais ampla e crítica, bem expressada pela Justiça Ambiental”<sup>40</sup>.

O conceito de *Justiça Ambiental* remete, conforme pensamento precursor de Robert D. Bullard sobre o tema, à identificação e disciplina, de modo proporcional e equitativo, dos efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente como resultados de programas, políticas e atividades, principalmente no que se refere a populações minoritárias e de baixa renda<sup>41</sup>. Bullard sustentou que, no Estados Unidos, ao longo da década de 1980, decisões acerca de onde seriam destinados, por exemplo, *resíduos (waste)* de indústrias químicas, bem como instaladas plantas industriais de alto impacto ambiental, teriam sido tomadas levando-se em consideração a concentração predominante de populações afro-americanas e de pequeno poder aquisitivo nos locais escolhidos. Tamanha foi a polêmica advinda desse *apartheid ambiental*<sup>42</sup> e do movimento que a ele se opôs, que substanciais repercussões se deram no âmbito do direcionamento da administração pública norte-americana em prol de ações mais sustentáveis e igualitárias<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Segundo Fiorillo: “Para a constituição de 1988, os seres aglutinados em face da denominação “povo” possuem direito constitucional fundamental em nosso sistema jurídico: são pessoas humanas que gozam de uma prerrogativa constitucional básica, a saber: o direito à dignidade. A dignidade, como critério vinculado a valores imateriais dos seres humanos (amor próprio, brio, honra, respeitabilidade etc.) é garantida pela Constituição Federal em decorrência do seu art. 6º. Assim, para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como “piso mínimo normativo”, ou seja, como direitos básicos”. (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: competências constitucionais em matéria ambiental*. In DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida & AHMED, Flávio (Coord.). O direito ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28).

<sup>40</sup> CAVEDON, Fernanda de Salles. *Conexões entre direitos humanos e direito ambiental como um contexto mais favorável para a justiça ambiental*. In DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida & AHMED, Flávio (Coord.). O direito ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 162.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. & FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

<sup>42</sup> A expressão foi empregada por Bullard como título de capítulo em seu livro, no qual apresenta a seguinte afirmação: “Alguns residentes da região suspeitam que suas comunidades estão rapidamente se tornando ‘zonas de sacrifício’ devido à localização ali de depósitos de lixo, aterros, incineradores, e plantas petroquímicas. Em lugar nenhum isso é mais aparente do que no sudeste da Louisiana, onde comunidades afro-americanas não incorporadas estão especialmente vulneráveis à poluição industrial”. (BULLARD, Robert D. *Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality*. 3rd Edition. Westview Press, 2000, p. 102-103).

<sup>43</sup> Conforme o seguinte registro de Bullard: “Em Fevereiro, 1994, sete agências federais, (...) patrocinaram um simpósio nacional de saúde, ‘Necessidades de Saúde e Pesquisa para Assegurar Justiça Ambiental’. O comitê de planejamento da conferência foi único, nisso incluídos líderes de base do movimento de justiça ambiental,

Influenciada pela *onda mundial* de disciplina do tema da proteção do meio ambiente sob um ideal de *justiça*, a decisão jurídico-política (positiva) tomada pela sociedade brasileira em 1988, como produto das deliberações havidas em Assembleia Nacional Constituinte formada no ano anterior, foi no sentido de materializar na Constituição da República um programa normativo voltado à *preservação da natureza*, de modo a se assegurar qualidade de vida para as gerações presentes e futuras<sup>44</sup>.

Na avaliação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, ao adotar por preceito basilar o *equilíbrio ecológico*, o art. 225<sup>45</sup> da Constituição teria integrado o mandamento de proteção do meio ambiente à *estrutura normativa constitucional*, consagrando, assim, um *novo fundamento* para a ordem vigente no país<sup>46</sup>. A ordem constitucional brasileira pressuporia, nessa

---

residentes de comunidades impactadas, acadêmicos e representantes de agências federais. O simpósio de saúde de 1994 reuniu 1,100 stakeholders diversos e aqueles mais afetados por poluição na mesa de tomada de decisão sobre questões de saúde em comunidades de cor. (...) Em 11 de Fevereiro, 1994, o Presidente Clinton assinou a Ordem Executiva 12898, que previu ações federais voltadas à justiça ambiental em populações minoritárias e de baixa renda. (...) A ordem executiva reforçou duas leis existentes: a Lei de Direitos Cívicos de 1964 – que proíbe práticas discriminatórias em programa de recebimento de fundos federais – e a Lei Nacional de Política Ambiental de 1969, que estabelece metas para assegurar a todos os americanos um ambiente seguro, saudável, produtivo, cultural e esteticamente prazeroso”. (BULLARD, Robert D. *Dumping in dixie...* Op. cit., p. 148-149).

<sup>44</sup> Teria havido, portanto, a consagração de um modelo de *Estado Socioambiental* no país: “O Estado Constitucional já não pode ser compreendido senão como, para além de um Estado Democrático e Social de Direito, um Estado Ambiental, que, numa fórmula-síntese, aceita o rótulo de Estado Socioambiental. A Constituição Federal de 1988 se insere plenamente nessa quadra e representa um dos primeiros grandes monumentos jurídico-constitucionais (pelo menos no que diz respeito ao nível textual) no âmbito deste progressivo movimento de constitucionalização da garantia “dos processos ecológicos essenciais” e “esverdeamento” do Direito, que tem marcado a evolução internacional, pelo menos desde a Conferência de Estocolmo de 1972”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 13).

<sup>45</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

<sup>46</sup> As premissas motivadoras desse constitucionalismo ecológico se articulariam, na visão dos referidos autores, conforme o seguinte discurso: “A proteção do ambiente – e, portanto, a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental – passam a integrar nossa estrutura normativa constitucional e, com isso, a assegurar um novo fundamento para toda a ordem jurídica interna. A consagração do objetivo e dos deveres de proteção ambiental a cargo do Estado brasileiro (em relação a todos os entes federativos) e, sobretudo, a atribuição do status jurídico-constitucional de direito-dever fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado colocam os valores ecológicos no “coração” do Direito brasileiro, influenciando todos os ramos jurídicos, inclusive a ponto de implicar



leitura, uma *conjugação*, mediada por *instituições*<sup>47</sup> (dentre as quais o Judiciário<sup>48</sup>), entre *desenvolvimento* econômico-social (*prosperidade* do país) e uso *racional e equilibrado* dos recursos naturais<sup>49</sup>.

Já segundo Daniel Sarmento, um dos “traços centrais da Constituição de 1988” consistiria numa estrutura normativa que teria provocado transformações substanciais no Judiciário, dotando-o de autonomia administrativo-financeira e ampliando sua relevância política. O amplo acesso à jurisdição, por sua vez, também assegurado no texto fundamental, teria contribuído para um intenso fenômeno de *judicialização*, suscitando, dentre outras polêmicas, dúvidas sobre a própria legitimação democrática desse “novo” perfil institucional<sup>50</sup>.

---

limites a outros direitos (fundamentais ou não). Alinha-se a tudo isso uma nova dimensão ecológica na conformação do conteúdo normativo do princípio da dignidade humana. Com base no novo “programa constitucional ecológico” estabelecido em 1988, diversas leis ambientais foram elaboradas, de modo a regulamentar o art 225 da CF/88”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral... *Op. cit.*, p. 241).

<sup>47</sup> Conforme o pensamento de Maria da Glória Garcia, trata-se de um fenômeno em que “instâncias organizatórias (...), cada uma a seu modo, procuram compreender os fenômenos ecológicos e alertar ou intervir em formas de resolução dos problemas ambientais”. (GARCIA, Maria da Glória: *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 292).

<sup>48</sup> Trata-se de compreensão a partir do pensamento de David Trubek: “Em tal visão, advogados e juízes eram vistos como engenheiros sociais, que cultivariam as normas legais e as mudanças no sistema formal de leis necessárias para promover o desenvolvimento político e econômico progressivos”. (TRUBEK, David. *Law and development*. In Smelser, N. J. & Baltes, Paul B. (Ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Pergamon, Oxford, 2001, p. 8443. Disponível em <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>, acesso em 31/12/2018).

<sup>49</sup> Dentre os precedentes que cancelam essa orientação, destaca-se a ADI 3.540/MC, a ser apresentada adiante no item 2.4: “A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *ADI 3.540-MC*. Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgamento em 01/09/2005).

<sup>50</sup> A observação é de Daniel Sarmento: “Mudanças profundas ocorreram também no âmbito do Poder Judiciário. A Constituição reforçou a sua autonomia administrativa e financeira e ampliou a sua importância política. Promoveu o acesso à justiça (...). Por outro lado, ela consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política. Pelo arranjo adotado, que combina uma Constituição extensa e invasiva, com inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade, tornou-se difícil que alguma decisão política mais relevante deixe de ser submetida ao Judiciário, que muitas vezes decide contra a vontade dos demais poderes do Estado. Este fenômeno, que tem se tornado mais agudo nos últimos anos, vem suscitando questões complexas sobre os limites da legitimidade democrática da atuação do judiciário, uma vez que os seus membros não são eleitos, nem podem ser destituídos pelo voto popular, e muitas vezes decidem questões altamente controvertidas com base na exegese de cláusulas constitucionais vagas e abertas, que se sujeitam a diferentes interpretações”. (SARMENTO, Daniel. *A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 88*. In TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão & SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253).

O movimento de *maximização da jurisdição constitucional* nos anos que se seguiram à entrada em vigor da Constituição de 1988<sup>51</sup>, ao tempo em que serviu de substrato ideológico do *constitucionalismo ambiental brasileiro*<sup>52</sup>, provocou diálogo com a *ciência processual*, fomentando propostas como as que defendem a existência de um *processo ambiental*, isto é, um sistema regido por princípios *próprios*, os quais atribuiriam “novas vestes” a alguns institutos fundamentais (“tradicionais”) do processo civil<sup>53</sup>.

A força normativa da Constituição e a expansão da atuação do Judiciário seriam aspectos da ordem jurídica nacional depois de 1988 que teriam proporcionado, conforme as referidas leituras, não só a consolidação de uma nova mentalidade no país, mas também intensos debates sobre a tutela processual de direitos fundamentais<sup>54</sup>.

#### 1.4 NEOPROCESSUALISMO AMBIENTAL

A percepção de que o direito *material* versado em uma demanda possa ter peculiaridades que recomendem uma *técnica processual própria* como condição para sua tutela jurisdicional efetiva não é recente<sup>55</sup>, permeando historicamente o diálogo científico acerca do próprio *direito de ação*<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Cujo fundamento é assim apresentado por Luís Roberto Barroso: “A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico”. (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*:... *Op. cit.*, p.8).

<sup>52</sup> O conceito tem lastro na proposição de MAY, James R. *Environmental constitutionalism*. UK: Edward Elgar Publishing, 2016, Prefácio: “Constitucionalismo ambiental é um novo conceito que protege as condições ambientais locais e globais pela invocação do direito constitucional e infraconstitucional. Como redatores constitucionais, em todas tradições jurídicas, se comprometem com a orientação ambiental, proteção e sustentabilidade, os tribunais são cada vez mais chamados a vindicar direitos ambientais protegidos em ambos seus aspectos substantivo e processual”.

<sup>53</sup> Neste sentido, por exemplo: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental: a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 6. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>54</sup> O diagnóstico é de Gustavo Binbenbojm: “A notável produção jurisprudencial do STF em matéria de jurisdição constitucional à luz da Constituição de 1988 revela um significativo avanço do sentimento constitucional no país. (...) Essa crescente judicialização do controle de constitucionalidade acabou por gerar, de outro lado, inúmeras discussões sobre os seus aspectos processuais, com ênfase nas suas especificidades em relação aos processos intersubjetivos”. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2014, p. 132-133).

<sup>55</sup> A esse respeito, Barbosa Moreira, mesmo defendendo a autonomia e posição sistemática do direito processual civil no ordenamento brasileiro, já contemporizava: “A doutrina brasileira é unânime em reconhecer ao direito processual civil posição autônoma no quadro das ciências jurídicas. Com isso, não se pretende negar que, através do processo, recebam aplicação concreta as regras do direito material, de acordo com as quais devem ser julgadas as causas da competência dos órgãos da jurisdição civil: é frequente, na literatura, a referência ao caráter *instrumental* do processo, que nesse sentido se deve entender”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 6).

<sup>56</sup> Em síntese do contraste entre o atual momento e o desenrolar histórico das discussões doutrinárias acerca da influência do direito material na técnica processual destinada à sua efetivação, Luiz Guilherme Marinoni registra:

Articulada com preceitos de *efetividade jurisdicional* e *adequação*, essa visão tem servido de fundamento para que seja “possível adaptar o processo às necessidades do direito material em discussão, informando a interpretação das normas processuais”<sup>57</sup>.

Fredie Didier Jr., explicando o fenômeno, compreende que “a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é *circular*”, o segundo servindo ao primeiro e sendo servido por ele, mediante abordagem metodológica à qual denomina *instrumentalismo*<sup>58</sup>.

Já Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que a atividade subjacente nesse enfrentamento (*jurisdição*), por ser de natureza *cognitiva* (*prevalentemente intelectual, lógica e não-material*), não se limitaria à revelação de um direito material preexistente pela via do processo, envolvendo também uma contribuição *criativa* (*definitiva*) para a *estabilização* ou mesmo *revisão* do alcance das normas jurídicas<sup>59</sup>.

---

“Daí a imprescindibilidade de retirar do direito de ação o direito de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar o procedimento e as técnicas processuais adequadas ao plano do direito material. Portanto, enquanto direito de ação, na época das teorias de Couture e Liebman, tinha a natureza de um direito a um não fazer, no sentido de não permitir ao Estado excluir da apreciação do Poder Judiciário uma afirmação de direito, ou de um direito a um fazer que seria a mera apreciação do pedido de tutela jurisdicional, atualmente ele exige do Estado uma série de prestações, como a edição de procedimentos e técnicas processuais idôneas às variadas situações de direito substancial (devida pelo legislador), assim como a compreensão – por parte da jurisdição – das normas processuais e da própria função do processo a partir do direito material e da situação concreta, obviamente que sempre a partir dos direitos fundamentais processuais”. (MARINONI, Luiz Guilherme et. al. *Novo curso de processo civil*. V. 1. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 325).

<sup>57</sup> Cf. AVELINO, Murilo Teixeira. *A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual*. In SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e et. al. (Coord.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 382-383). O pensamento de Cândido Rangel Dinamarco aparenta ser no mesmo sentido: “Para essa indispensável correspondência e valendo-se da experiência multissecular do processo, o legislador estabelece uma variedade de provimentos jurisdicionais, de procedimentos e de processos, em um quadro pragmático de busca de soluções adequadas, fiéis ao direito substancial e, na medida do possível, tempestivas. Na variedade de provimentos, procedimentos e processos reside a multiplicidade dos meios de outorga de tutela jurisdicional existentes em dada ordem jurídica. As soluções estão no direito substancial, os meios de impô-las são processuais”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 8. ed. rev. e atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 241).

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 45-46. Trata-se de posição com lastro no pensamento de Carnelutti: “Entre direito e processo há uma relação circular e lógica: o processo serve ao direito, mas para que sirva direito, deve ser servido pelo direito”. (CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. In Revista Peruana de Derecho Procesal. Ima, vol IV, 2001, p. 59-66).

<sup>59</sup> Segundo os autores paranaenses: “É artificial a concepção conforme a qual o sentido normativo preexiste à experiência jurídica. Mas também não é apropriada a ideia de que todo o direito seria construído pela decisão jurisdicional. As relações jurídicas se travam e seus efeitos incidem mesmo quando não há processo. A rigor, o que se tem é um processo mais completo e de difícil delimitação teórica. A letra das disposições legais é insuficiente para a definição das normas. O processo interpretativo, de construção (e não de mera descoberta) do sentido normativo, não se cinge à identificação do significado da lei. Ele considera necessariamente os valores reinantes na sociedade; as concepções vigentes na prática diária do direito, na produção doutrinária e nas próprias decisões judiciais. Assim, ao mesmo tempo em que identifica esses aspectos preexistentes, a própria decisão judicial contribui para a sedimentação ou reformulação da definição do sentido e alcance das normas. É um intercâmbio permanente entre os dois vetores e de impossível delimitação da identificação da exata ocorrência de um ou outro”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues & TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. V. 2. 16. ed., ref. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: RT, 2016, p. 45 e 49-50).

Eduardo Cambi, por sua vez, compreende que, desse *direito pós-moderno*, combativo à negação de direitos por critérios formais, decorreria o *neoprocessualismo*, movimento que admitiria a construção de “técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”<sup>60</sup>. Se trataria de “uma nova fase metodológica do Direito Processual, a que se tem chamado de formalismo-valorativo”, marcada pelo *desapego ao exagero formal*, ao estímulo da *cooperação* e ao *dilálogo* para a construção de decisões *adequadamente motivadas*<sup>61</sup>. O *neoprocessualismo* implicaria, em última análise, “coragem para romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos, concebendo o processo como um veículo de tutela dos direitos fundamentais”<sup>62</sup>.

Na seara dos processos relacionados ao tema da proteção do meio ambiente, além da jurisprudência, como se buscará exemplificar com os julgados a serem apresentados nos Capítulos 2 e 3, há posições doutrinárias que defendem precisamente um regime ou técnica *próprios*, sob a premissa de que, dado o caráter *coletivo*, *difuso* ou *transindividual*<sup>63</sup> dos interesses jurídicos neles envolvidos, não poderiam ser submetidos a *padrões comuns* de julgamento. O processo deveria, nessa visão, servir como instrumento *democrático*, *efetivo* e *adequado* à garantia dos direitos ecológicos, ainda que *fugindo* de *padrões comuns*<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. cit., 143.

<sup>61</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. cit., 144-145.

<sup>62</sup> Essa postura deveria adotar, por sua vez, a seguinte técnica: “Para tanto, é preciso ter percepção aguçada para, na medida do possível, assimilar os avanços trazidos pelo Novo Código de Processo Civil e, por meio da doutrina e da jurisprudência, ampliar o alcance dos princípios da instrumentalidade das formas, da fungibilidade dos atos processuais, da colaboração e da boa-fé processuais”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. cit., 149).

<sup>63</sup> Conforme conceitos assim delineados por Teori Albino Zavascki: “É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (=sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja, embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. ‘Direito coletivo’ é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu. É o direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 39).

<sup>64</sup> Ainda nesse sentido: PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito processual ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009; SOARES JÚNIOR, Jarbas & ALVARENGA, Luciano José (Org.). *Direito ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; e também Marcelo Abelha Rodrigues, de quem se destaca o seguinte pensamento: “No nosso caso, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos que possuem uma enorme quantidade de características no plano substancial que exigem para sua tutela uma técnica processual moldada e adequada à sua proteção e que foge totalmente aos padrões comuns. Apenas para se ilustrar, não é possível pensar em um sistema padrão de estabilidade do pedido e da causa de pedir para a tutela do direito ambiental, simplesmente porque é conatural ao bem ambiental a característica da instabilidade, daí porque se fala em causa de pedir móvel e fungibilidade do pedido de tutela jurisdicional do meio ambiente. É preciso entender que não é possível submeter a tutela do meio ambiente ao mesmo tipo de proteção jurisdicional de direitos que não guardam esta instabilidade no plano do direito material. É certo que todos os institutos do direito processual que são insculpidos sob o prisma da segurança jurídica como a preclusão e a coisa julgada necessariamente precisam ser flexibilizados quando o que está em jogo é a tutela jurisdicional do meio ambiente”. (RODRIGUES, Marcelo



Essa posição também se assenta na premissa de que o *processo civil comum* teria sido estruturado para tutelar direitos *privados e individuais*, de dimensão *patrimonial* ou com características que não se ajustariam às particularidades do direito material (*ambiental*), as quais melhor responderiam à lógica dos processos *coletivos*. Consequentemente, os *processos ambientais* seriam governados essencialmente pelo *princípio da instabilidade*, do qual derivariam, dentre outras reformulações, causa de pedir *móvel*, pedido de tutela jurisdicional *fungível* e *flexibilização da preclusão* ou da *coisa julgada*<sup>65</sup>.

A ideia de que seriam processualmente *viáveis* hipóteses como *mobilidade* da causa de pedir<sup>66</sup> e *fungibilidade* de pedidos<sup>67</sup> é ladeada por proposta, também de fonte eminentemente *doutrinária* e com igual eco na *jurisprudência*, de *flexibilização* até mesmo do *princípio da congruência* nas causas ambientais. A justificativa estaria na importância de que o julgador possa, mediante articulação *lógico-sistemática (cognitiva)* das questões postas na demanda, conferir provimento que entenda mais *condizente* com o *resultado esperado* do processo<sup>68</sup> - inclusive *diversamente* do rol de pedidos da inicial ou da normatização estatal de regência<sup>69</sup>.

---

Abelha. *Comentário doutrinário ao Acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 265.300-MG*. In *Processo civil ambiental*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, a. 27, (239): 753-1296, Brasília, julho/setembro 2015, p. 915, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015\\_239\\_2\\_capProcessoCivilAmbiental.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_2_capProcessoCivilAmbiental.pdf), acesso em 31/12/2018).

<sup>65</sup> Jeferson Dytz Marin e Carlos Alberto Lunelli se posicionam nesse sentido: “Podemos dizer que ficam ofuscados os interesses privados nesse processo ambiental. E a lógica do processo civil, destinada a tutelar interesses privados e individuais não serve, sob pena de admitir-se um processo que não esteja sintonizado com o direito material que tutela, comprometendo-se, por aí, a eficácia da prestação jurisdicional”. (MARIN, Jeferson Dytz, & LUNELLI, Carlos Alberto. *Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência*. In *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.7 n.13/14, p.311-330 Janeiro/Dezembro de 2010, p. 315). E ainda: MEDEIROS, Marcelo Farina de. *Peculiaridades do processo civil ambiental*. In Jusbrasil. Artigos. Disponível em <https://marcelofmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/234329744/peculiaridades-do-processo-civil-ambiental>, acesso em 31/12/2018).

<sup>66</sup> Dentre outros precedentes, destaca-se, no âmbito do STJ, o REsp 1.107.219-SP: “A decisão extra petita é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da ansiada, em virtude do deferimento de pedido diverso ou fundamentado em causa petendi não eleita. Consequentemente, não há tal decisão quando o juiz analisa o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos expostos na inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato base. Na espécie, o juiz decidiu a quaestio iuris dentro dos limites postos pelas partes, pois a ação tratava de ocupação e supressão de vegetação nativa e construção de diversas edificações irregulares em área menor que a constatada pela perícia, sem aprovação dos órgãos competentes do município e do estado. Assim, a análise do pedido dentro dos limites postos pela parte não incide no vício in procedendo do julgamento ultra ou extra petita, afastando, portanto, a suposta ofensa aos arts. 460 e 461 do CPC. Com esses fundamentos, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.107.219-SP. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/9/2010).

<sup>67</sup> Conforme decisão proferida pelo STJ no AgRg no REsp 1.164.488-DF: “A tutela ambiental é de natureza fungível, de modo que a área objeto da agressão ambiental pode ser de extensão maior do que a referida na inicial. Assim, se a inicial se refere a degradação de uma área de 100m e a sentença reconhece que essa área é de 500m, não há julgamento ultra ou extra petita”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.164.488-DF, DJe 7/6/2010).

<sup>68</sup> Também já houve decisão do STJ nesse sentido: “Não ocorre violação ao princípio da congruência quando o MP não veicula expressamente pedido de suspensão de atividades ou demolição de obra em ACP ambiental mas o provimento jurisdicional os abrange. Esses provimentos são condição *sine qua non* do resultado almejado pela ACP. O STJ entende que o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição (sobretudo quando se trata de ACP). Assim, no contexto, encontra plena aplicação o princípio do poluidor pagador, a indicar que, fazendo-se necessária determinada medida à recuperação do meio ambiente, é lícito ao julgador determiná-la, mesmo que não tenha sido instado a tanto. Precedentes citados”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 967.375-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 2/9/2010).

<sup>69</sup> Se trataria, portanto, de uma visão diferenciada dos princípios dispositivo, da congruência e da adstrição: “Sendo o processo civil regido pelo princípio dispositivo, a congruência do juiz ao pedido e à causa de pedir é

## 1.5 “IN DUBIO PRO NATURA” E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL

Em conferência proferida em 26/08/1994, no II encontro “Magistratura e Meio Ambiente”, realizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil em Santos/SP, Luiz Fernando Coelho foi pioneiro em propor que as normas de proteção do meio ambiente seriam dotadas de uma *hermenêutica própria*, cuja tese nuclear residiria na máxima “in dubio pro natura”.

Segundo Coelho, para além do direito *positivo*, haveria um fundamento *jusnatural*, restaurador do pensamento jurídico, que conduziria a “uma posição política de defesa dos oprimidos”, categoria na qual se inseririam “os animais, as florestas, os rios e os lagos, os bens que a natureza criou e que o homem destrói”<sup>70</sup>. De acordo com esse pensamento, partindo da premissa que a Constituição de 1988 teria enunciado uma “zetética ambiental” (no sentido de sinalizar uma interpretação que preserve certos valores sociais implícitos ou explícitos no ordenamento), haveria sempre que se prestigiar, na aplicação de uma norma, o sentido mais favorável à preservação da natureza<sup>71</sup>.

A tese de que, havendo dúvida ou em situações de substancial conflito de interesses, se deveria decidir em favor da natureza tem se desdobrado contemporaneamente na ideia de que haveria, no ordenamento brasileiro, um preceito geral de *não retrocesso ambiental* (*não regresso, proibição ou vedação de retrocesso*). Isso vem sendo enunciado sob a perspectiva de que o século XXI teria atingido patamar *civilizatório* mais *avançado* ou *evoluído*, quando comparado ao *passado*, nas dimensões *moral, ética e científica*, de modo que *hoje* seria possível identificar, mediante *dedução racional*, a existência de restrições *a priori* (*universais*,

---

medida das mais importantes, tendo em vista que serve de balizamento à atuação do julgador, justamente pela vontade manifestada pela parte, a quem pertence a afirmação de direito. O julgamento que não se amolda aos pedidos ou à causa de pedir é nulo, rendendo ensejo à anulação da decisão”. (ALVIM, Eduardo et. al. *Os efeitos devolutivo e translativo da apelação no CPC/2015*. In Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 13. NERY JUNIOR, Nelson & ALVIM, Teresa Arruda. Coord. São Paulo: RT, 2017, p. 151).

<sup>70</sup> COELHO, Luiz Fernando. *In dubio pro natura*. In Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris/JM Livraria, 2011, p. 14.

<sup>71</sup> Os preceitos norteadores da hermenêutica ambiental seriam, nessa leitura, os seguintes: “(...) A partir do princípio já estabelecido da impositividade da proteção ambiental, pode-se afirmar que ao intérprete e aplicador da lei restará sempre o caminho do bom senso e o da equidade para aplicar preferencialmente a norma que for mais favorável aos objetivos sociais da preservação da natureza. (...) Permito-me, portanto, propor algumas teses que poderão nortear a hermenêutica do direito ambiental: 1. A proteção ambiental é um bem jurídico transcendente, que diz respeito à nação e à humanidade. 2. Os seres vivos da natureza são titulares dos direitos que a própria natureza lhes concedeu, os quais devem ser respeitados pelos seres humanos. 3. As leis ambientais, ainda que no contexto do direito privado, são sempre imperativas (*jus cogens*). 4. A responsabilidade por dano ambiental é sempre objetiva. 5. O conceito de vítima de dano ambiental identifica-se com a proteção dos interesses difusos, ainda que decorrente da inobservância de normas de direito privado. 6. A interpretação, integração e aplicação das leis ambientais serão sempre direcionadas, em direito público como em direito privado, para a proteção dos interesses difusos. 7. Em caso de conflitos normativos, a solução será sempre a que favorecer a proteção ambiental. 8. In dubio pro natura”. (COELHO, Luiz Fernando. *In dubio pro natura... Op. cit.*, p. 24-26).

*atemporais e imutáveis*) a determinadas alterações (*recuos*) frente a padrões de conduta, níveis ou modos de proteção conquistados nas relações entre humanidade e meio ambiente<sup>72</sup>.

Ao propor, na composição da teoria que apresenta, uma diferenciação entre preceitos *estruturantes* (regentes do *desenho*, do *planejamento* do Estado e demais instituições, como produtos de *atos sociais históricos*) e *informativos* (regentes da *conduta humana*, de dimensão *metafísica e universal*), Marcelo Abelha Rodrigues enquadra o *não retrocesso* na segunda categoria, compreendendo-o como resultante de uma “obviedade imanente à racionalidade lógica que lhe outorga uma imutabilidade imanente. Nesse passo, é preciso dizer que o princípio da proibição do retrocesso ambiental é um bom exemplo de princípio axiomático do direito ambiental”<sup>73</sup>.

Frederico Amado sustenta que haveria uma limitação, de ordem *jusnatural*, destinada especialmente ao Poder Legislativo, proibitiva de “recuo dos patamares leais de proteção ambiental, salvo temporariamente em situações calamitosas, pois a proteção ambiental deve ser crescente, não podendo retroagir, máxime quando os índices de poluição do Planeta Terra crescem a cada ano”<sup>74</sup>. Segundo o pensamento do autor, isso decorreria do caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual teria dentre suas características, por sua vez, a *proibição de retrocesso*.

A elevação do equilíbrio ecológico à categoria de direito fundamental integrante da ordem social é apontada por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer como matriz de um “dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais”.

---

<sup>72</sup> O argumento central de suporte dessa proposta teórica é assim sintetizado por Antonio Herman Benjamin: “Nesses termos, inimaginável admitir como ético, viável ou sustentável o progresso material na existência humana sem que se afiance, por igual, o progresso (ou, no pior cenário, a manutenção) dos patamares de proteção jurídica das bases naturais da vida – toda ela –, com ênfase para os processos ecológicos essenciais”. (BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 63-64).

<sup>73</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 340. Integraria, portanto, uma categoria de princípios formadora de “axiomas que são permeados de uma lógica óbvia que governa qualquer ciência e que se coloca como algo inato, imanente ao desenvolvimento social, jurídico, econômico, lógico e cultural de um povo. Não admitem recuo ou interpretações que lhes diminuam as conquistas efetivadas e que se refletem na proteção da dignidade do ser humano e na proteção dos direitos fundamentais. Por mais paradoxal que possa parecer, foi preciso invocar o princípio da proibição do retrocesso na seara do direito ambiental para sustentar que não poderia o legislador retirar da população ganhos e conquistas que são hoje verdadeiros axiomas lógicos desta ciência jurídica, pois foi exatamente isso que fez o novo Código Florestal brasileiro. Eis aí o motivo pelo qual emergiu, definitivamente do âmago dos princípios informativos do direito ambiental o da proibição do retrocesso. Não é aceitável que o legislador possa contrariar e recuar ambientalmente destruindo os avanços conquistados pelo texto constitucional que refletem de modo direto na proteção dos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana”. (BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental... Op. cit.*, p. 341).

<sup>74</sup> AMADO, Frederico. *Direito ambiental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 101.

Esta perspectiva estaria alinhada à premissa de *máxima realização* ou *plena eficácia* dos direitos sociais<sup>75</sup>.

Walter Claudius Rothenburg também sinaliza que, quando determinado nível de proteção ou promoção de um direito é alcançado, se estaria diante de uma conquista sedimentada da teoria dos direitos fundamentais, a qual, por dedução lógico-racional ou *a priori*, conduziria à inadmissibilidade de sua diminuição ou enfraquecimento<sup>76</sup>.

Em outra oportunidade, ainda se debruçando sobre o mesmo tema, Ingo Sarlet apresenta como uma das principais funções da ideia de não retrocesso a de “impedir a recriação de omissões legislativas”<sup>77</sup>. Sugerindo que noções como a de *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, de *dignidade humana* e de adequada *hierarquização* entre segurança jurídica e adaptabilidade de políticas públicas sejam aplicadas na “construção de alguns critérios materiais que viabilizem uma solução constitucionalmente adequada e equânime no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso”<sup>78</sup>, o autor o compreende como ferramenta indispensável à afirmação da necessidade do Estado e de sua intervenção em temas sensíveis da ordem social.

Afirmando ser o *não retrocesso* imanente à concretização dos direitos fundamentais por intermédio da atividade legislativa, Felipe Derbli coteja a evolução dessa ideia na Alemanha, em Portugal, na Itália e no Brasil, no âmbito de doutrina e jurisprudência correlacionadas aos direitos sociais, e conclui ser *inviável*, por decorrência lógica, a criação de normas revogadoras de patamares prestacionais, de garantia ou efetivação já obtidos sem que haja, no mínimo, algum tipo de regulamento em substituição<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Os autores sustentam que atos de retrocesso gozariam de “presunção de inconstitucionalidade”, de modo a autorizarem controle jurisdicional sob a ótica da indevida restrição a direitos fundamentais: cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Estudos de caso sobre a garantia constitucional de proibição de retrocesso (Socio)Ambiental*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 181-182.

<sup>76</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 247.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proibição de retrocesso: algumas dimensões da assim designada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais (notadamente dos direitos sociais) em relação ao legislador infraconstitucional*. In: A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 466.

<sup>78</sup> Para Sarlet: “No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, (...) não restam dúvidas de que necessário será justamente o Estado apto a assegurar - de modo eficiente - nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais ...*, *Idem*, p. 470).

<sup>79</sup> Segundo Derbli: “(...) não se pode admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social. Do contrário, o projeto de modernidade da Constituição brasileira será ignorado”. (DERBLI, Felipe. *A*



Sob essa perspectiva, não recuar de patamares já alcançados de proteção do presente seria um *meta-preceito* do sistema de direitos fundamentais, regente mais precisamente dos casos de *restrição* a esses direitos. Funcionaria como o conceito que Jorge Reis Novais denominou *reserva geral imanente de ponderação* em sua teoria das restrições a direitos fundamentais, a partir do qual seria possível a realização de *balanço* e *adequação valorativos* à luz das peculiaridades de cada situação particular<sup>80</sup>.

Analisando o tema da restrição a direitos fundamentais no âmbito da teoria do direito constitucional, na quadra de embate entre as decisões do constituinte originário e do subsequente conformador legislativo, Daniel Wunder Hachem alerta para a importância (caráter *jusfundamental*) da matéria em risco na hipótese de alteração, seja por reforma seja por lei ordinária, que resulte em *quebra de identidade* do próprio sistema, bem como para a existência de limites materiais implícitos e explícitos voltados precisamente à preservação de sua *integridade*<sup>81</sup>.

A ideia de *proibição de retrocesso*, enquanto princípio impositivo de um limite material que estaria implícito da ordem jurídica brasileira, é reconhecida por Antonio Herman Benjamin sob o argumento de que a ela se somaria outro *princípio sistêmico*, este, por sua vez, evocador de leitura *conjunta* e diálogo *multidirecional* com a “totalidade normativa do direito ambiental”. O autor compreende que tanto as normas infraconstitucionais quanto a *jurisprudência brasileira* se orientariam, em matéria ambiental, no sentido de caminhar “somente para frente”, não mais admitindo retrocesso na proteção vigente e inclusive almejando retorno às “melhores

---

*aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos sociais - fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 344).

<sup>80</sup> Essa técnica decorreria essencialmente da natureza de princípio (e não de regra) dos direitos fundamentais: “Assim sendo, podemos dizer que, na sua generalidade, as normas constitucionais de direitos fundamentais têm a natureza de princípios onde, recorrendo à terminologia tradicional, consagram garantias subordinadas a uma reserva geral imanente de ponderação ou de necessidade de compatibilização com valores, bens ou interesses igualmente dignos de protecção, o que, mesmo quando a Constituição não prevê expressamente, envolve, consoante as circunstâncias de caso concreto, a possibilidade da sua cedência, afectação desvantajosa, limitação ou restrição por parte dos poderes constituídos”. (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 575).

<sup>81</sup> Essa ideia é assim explanada por Hachem: “A enunciação de limites materiais expressos ao Poder Constituinte Reformador não exclui o reconhecimento de outros elementos igualmente relevantes, que também conferem identidade ao sistema constitucional e cuja supressão implicaria desnaturar a essência da ordem jurídica vigente, razão pela qual podem ser considerados como limites materiais implícitos à reforma da Constituição, conforme sustenta a doutrina majoritária”. (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado). Curitiba: UFPR, 2014, p. 81); “A alteração das leis ordinárias que regulamentam direitos fundamentais não se revela meramente como exercício da liberdade de conformação do legislador, mas sim modificação que atinge um direito fundamental. Uma mudança negativa não implicará mera alteração legislativa: importará restrição de direitos fundamentais”. (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*:... *Op. cit.*, p. 143).

condições ecológicas do passado”, de modo a não haver risco de ofensa ao *núcleo essencial* (ou *mínimo existencial*) dos direitos que lhe são correlatos<sup>82</sup>.

O objetivo *meta-jurídico* passível de dedução *lógico-racional* a partir do princípio do *não retrocesso* residiria, então, conforme lição de Vanice Regina Lirio do Valle e Renata de Marins Jaber Maneiro, no projeto de “transformação social materializado na Constituição”, voltado à garantia do “desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão, evitando-se o refluxo no desiderato de realização da justiça social”<sup>83</sup>.

Todas essas noções conduzem à percepção de que a ideia de *não retrocesso* é concebida pela doutrina como um típico *mandamento de otimização*, a lhe conferir, conforme distinção teórica entre princípios e regras proposta por Virgílio Afonso da Silva, efetiva estrutura de *princípio*, na medida em que voltado a garantir um direito *prima facie* (meio ambiente ecologicamente equilibrado), cuja realização nem sempre será a *totalidade* do exigido pela regra jurídica que venha a ser editada com pretensão de *definitividade* no caso concreto<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Os seguintes argumentos são apresentados em suporte a esse pensamento: “É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção. Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, princípio geral, já que as bases e conteúdo ecológicos (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras. Tanto a legislação ambiental como a jurisprudência optaram por esse “caminhar somente para a frente”. Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, acima referimos, em torno de bem revelados e fixados núcleos jurídicos duros (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos imperativos jurídico-ambientais mínimos: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1.º, I, II e VII). Princípio geral ainda porque tanto a legislação (a Lei 6.938/81, p. ex.) como a jurisprudência brasileira perfilham, sem meias palavras, o princípio da melhoria ambiental. Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará manter ou conservar o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá”. (BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 59-61).

<sup>83</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do & MANEIRO, Renata de Marins Jaber. *Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa*. In: A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 153.

<sup>84</sup> O autor sustenta que: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Nos casos das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima*

Lido a partir da classificação de princípios proposta por Robert Alexy, tal como registrada por Virgílio Afonso da Silva, o princípio do *não retrocesso ambiental* remeteria à impossibilidade de retorno a condições pretéritas incompatíveis com o conceito de equilíbrio ecológico, por não observância à orientação de realização máxima<sup>85</sup>.

Ante o espectro *multidimensional* dos fenômenos (e interesses) passíveis de harmonização (ou ameaça) por intermédio do princípio do *não retrocesso* sob argumento de garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inevitável o desdobramento dessa complexa discussão no âmbito do *Judiciário*, seja em perspectiva de exame de constitucionalidade direta ou reflexa seja na via do controle concentrado ou difuso pelas Cortes Superiores, envolvendo as mais diversas situações da vida em sociedade e, não raramente, temas e decisões com projeções para as futuras gerações.

No Brasil, a ampla disseminação do equilíbrio ecológico e do desenvolvimento sustentável como valores fundamentais, aliada à consolidação e ao progressivo aumento do acesso à justiça, ao protagonismo do cidadão, da sociedade civil em geral, do Ministério Público e do próprio Judiciário, têm provocado decisões, em todos os graus de jurisdição, no sentido de se reconhecer a incidência do princípio do *não retrocesso* ambiental na ordem jurídica nacional, delineando seu conteúdo conforme as circunstâncias de cada caso<sup>86</sup>.

---

*facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. (...). No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45).

<sup>85</sup> A ideia é a seguinte: “O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.” Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em condições jurídicas”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais ... Op. cit.*, p. 46). Conforme o pensamento do próprio Alexy: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90-91).

<sup>86</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer: “O reconhecimento da jusfundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, nesse quadrante, opera o sentido de agregar novos elementos normativos ao conteúdo do mínimo existencial social, abrindo caminho para a noção de uma dimensão ecológica do direito-garantia

## 1.6 DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS

Ainda que as disposições relacionadas à proteção do meio ambiente tenham sido concebidas e sistematizadas na Constituição numa perspectiva, *a priori*, *antropocêntrica* (art. 225, cabeça), i. e., para a manutenção das condições da vida *humana*, também se nota no seu texto influência do pensamento *biocêntrico*, o qual compreende *quaisquer formas de vida* como dotadas, em si, de valor jusfundamental<sup>87</sup>.

Assim, independentemente de sua consideração enquanto coletividade, sob o conceito de *fauna*, e da função que possam ter, nessa perspectiva, para o *equilíbrio ecológico* ou para o *bem-estar humano* (*presente e futuro*), os *animais não-humanos* teriam sido reconhecidos pela sociedade brasileira como seres dotados de *dignidade intrínseca*, circunstância que os transfiguraria conceitualmente, de modo a não mais serem considerados meros *objetos* de relações jurídicas humanas<sup>88</sup>.

---

ao mínimo existencial, que, em virtude da necessária integração com a agenda da proteção e promoção de uma existência digna em termos socioculturais (portanto, não restrita a um mínimo vital ou fisiológico), há de ser designada pelo rótulo de um mínimo existencial socioambiental, coerente, aliás, com o projeto político-jurídico do Estado Socioambiental de direito”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental...* Op. cit., p. 139-140). Dentre os precedentes das Cortes de Sobreposição sobre o tema, serão apresentados adiante as ADI 4901, 4902, 4903, 4937/DF e a ADC 42/DF (item 2.7), bem como o RESP 302.906/SP (item 3.3).

<sup>87</sup> E prosseguem os mesmos autores gaúchos: “A reflexão em torno da dimensão ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana também coloca “em cheque” a concepção estritamente antropocêntrica do Estado Constitucional. Retomando aqui a premissa de que a matriz filosófica moderna para a concepção de dignidade (da pessoa humana) radica essencialmente no pensamento kantiano, qualquer tentativa de superação de tal “paradigma” teórico requer um diálogo com a suas formulações e argumentos. Embora não se possa aprofundar a discussão, enfatiza-se que a formulação central do pensamento kantiano, tal qual apontado anteriormente, coloca a ideia de que o ser humano não pode ser empregado como simples meio (ou seja, objeto) para a satisfação de qualquer relação, seja em face do Estado seja em face de outros indivíduos. Desde logo, verifica-se que é certamente possível questionar o excessivo antropocentrismo que informa tanto o pensamento kantiano quanto a tradição filosófica ocidental de um modo geral, especialmente confrontando-a com os novos valores ecológicos que alimenta, as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida que já era sustentada por alguns”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental...* Op. cit., p. 71-72).

<sup>88</sup> A virada conceitual em direção à proteção dos direitos dos animais envolveu essencialmente, portanto, o reconhecimento da dignidade como atributo não exclusivo dos humanos: “Assim, importa ter presente que a vedação de qualquer prática de “objetificação” ou “coisificação” (ou seja, o tratamento como simples “meio”) não deve, em princípio, ser limitada apenas à vida humana, mas ter o seu raio de incidência ampliado para contemplar também outras formas de “vida”. Essa “objetificação” da vida animal (não humana), para ficarmos num exemplo, estaria vedada diante do conteúdo normativo traçado pelo art. 225, §1º, VI, da CF/88, conforme posto na epígrafe de abertura deste tópico. O alargamento da concepção kantiana para além do espectro humano conduz, portanto, ao reconhecimento de um fim em si mesmo inerente a outras formas de vida (ou à vida de um modo geral, seja humana, seja não humana), atribuindo-lhes um valor próprio e não meramente instrumental, ou seja, uma dignidade que igualmente implica um conjunto de deveres (morais e jurídicos) para o ser humano”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental...* Op. cit., p. 72).

Toshio Mukai, em notas sobre o tema, destacou, dentre trabalhos doutrinários pátrios pioneiros, o de Edna Cardoso Dias<sup>89</sup>, cuja pesquisa teria evidenciado uma expansão mundial, a partir do ano 2000, da concepção “do animal como sujeito de direito”, a partir da qual “foi se formando e fortalecendo a teoria dos direitos dos animais”. Esta, por sua vez, se estruturaria, conforme proposta de Peter Singer, a partir da *senciência*, da qual teria necessariamente de advir um compromisso com a *individualidade* e com a *dignidade animal* - assim como se tem, em âmbito constitucional, com a “dignidade humana”<sup>90</sup>.

Fernando Araújo, um dos primeiros europeus a se debruçar sobre o tema, compreende que uma *sucessão de paradigmas* teria sido o fator responsável pela superação do *mito* que até então vinha tornando os animais não-humanos *invisíveis* para a moral, para a política e para o direito – uma situação que não seria compatível com “sentimentos de compaixão mínima” para com as outras espécies<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> DIAS, Edna Cardoso. *Tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Ed. Melhoramentos, 2000, *apud* MUKAI, Toshio. *Direitos e proteção jurídica dos animais*. R.TRF1 Brasília v. 30 n. 1/2 jan./fev. 2018, disponível em [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/119480/direitos\\_protecao\\_juridica\\_mukai.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/119480/direitos_protecao_juridica_mukai.pdf), acesso em 31/12/2018.

<sup>90</sup> Conforme registro de Mukai: “A Dra. Edna Cardoso Dias escreveu excelente artigo intitulado “Teoria dos Direitos dos Animais” (Rev. Fórum 45 – mar./abr. – 2015). Ali, ela revela estudos sobre grandes autores que reivindicam os direitos dos animais. Cita o autor Peter Singer, que foi um dos pilares para a formação da teoria dos direitos dos animais. Diz a autora: Em sua obra ‘Animal Liberation’, publicada originalmente em 1.975, Singer denunciou o sofrimento dos animais e demonstrou que as práticas utilizadas pelos humanos no relacionamento com os animais eram, já à época, injustas. Para ele, sendo os animais seres sencientes, seus interesses deveriam ser levados em igual consideração que os interesses dos humanos. Para ele, os animais deveriam ser incluídos na consideração moral dos humanos. Em ‘Ética Prática’ (3ª ed. – S. Paulo. Martins Fontes, 2002), Singer argumenta que os animais, por serem dotados de sensibilidade e consciência, devem ser tratados com o mesmo respeito que os seres humanos. O princípio da igual consideração de interesses deve ser aplicado sem distinção entre o animal humano e o não humano. A capacidade de sofrer dor e sentir dor deve ser um pré-requisito para medir interesses. A Dra. Edna Cardoso cita Tom Reagan (Jaulas Vazias, Porto Alegre: Ed. Lugano, 2006) dizendo que esse autor reivindica a extensão aos animais do princípio ético e valor inerente a cada indivíduo. Apresenta os animais como sujeitos de uma vida, pregando o fim de toda exploração da vida animal. (...) Diz ainda a Dra. Edna: “A partir de 2000, expandiram-se a todo o planeta a concepção gerida do animal como sujeito de direitos. E em torno disso foi se formando e fortalecendo a teoria dos direitos dos animais. Em outro artigo intitulado “Direito dos animais e Isonomia Jurídica”, a Dra. Edna Cardoso Dias, após informar que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais” (abril de 1989), afirma que, no Brasil, o direito brasileiro não tem nenhum compromisso com a dignidade do animal, quando a dignidade da pessoa humana é o principal princípio da nossa Constituição e, por isso, deveria ser extensivo aos animais. O direito à vida dos animais está garantido pela Constituição no art. 225, § 1º, inciso VII. Portanto, os estados têm o dever de buscar políticas e ações que evitem riscos à vida e integridade dos animais”. (MUKAI, Toshio. *Direitos e proteção jurídica dos animais*... Op. cit., p. 67).

<sup>91</sup> Para Araújo: “Ao invés, e por seu lado, é uma espécie de mistificação que parece tornar os animais não-humanos em larga medida invisíveis para a moral, para a política e para o direito actuais, em resultado de uma peculiar conjugação de condicionamento de paradigmas e de multiplicação de convicções, todos tão arraigados que eles são o alicerce da plausibilidade, da sensação de «adequação inteligível» que veda monotonicamente a admissão de paradigmas conflitantes, estruturando acriticamente o entendimento que predomina, mesmo quando - como veremos - esse entendimento não é compatível sequer com sentimentos de compaixão mínima que possamos nutrir por algumas das espécies que não a nossa, e portanto é susceptível de provocar sérios conflitos de valores”. (ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p.11).



O reconhecimento dos direitos dos animais não-humanos seria, assim, uma evidência da consagração do paradigma *bioético* (ou *biocêntrico*) em detrimento de um modelo de *primazia* ou *exclusividade* dos direitos humanos<sup>92</sup>. Essa hermenêutica conduziria, conforme o pensamento de Daniele Tetü Rodrigues, à elevação dos animais não-humanos à própria condição de *sujeitos de direito*. Para ela, a *senciência* (capacidade de ter percepções e sensações, como *alegria*, *sofrimento*, *dor*, *afeto* ou *prazer*), à luz do princípio da *igualdade*, seria o atributo que conferiria aos animais proteção *equivalente* à dos humanos sob a perspectiva do direito<sup>93</sup>.

Vicente de Paula Ataíde Junior também vê no atributo da *senciência*, além do elemento *dignificador* e *individualizador* dos animais não-humanos, um referencial que conduziria à *universalização* e *emancipação* (ou *autonomização*) de seu respectivo sistema de proteção em relação ao próprio direito ambiental<sup>94</sup>. Para o autor, “a partir da genética constitucional do

---

<sup>92</sup> O pensamento do autor é o seguinte: “E, no entanto, há já vitórias averbadas para o novo paradigma bioético-jurídico - dando esperanças de que a «dissonância cognitiva», a «esquizofrenia moral» que revelamos no tratamento dos não-humanos, possa ser resolvida em favor da consagração daquele paradigma como novo lugar comum da nossa inteligência civilizacional; com o proveito adicional de pragmaticamente se propiciar uma reponderação (e porventura um reforço) dos próprios direitos humanos, agora não apenas em função da humanidade dos seus titulares, mas também da sua própria animalidade (dos seus interesses e prerrogativas como seres vivos, dos seus problemas de sobrevivência física e de determinismo genético, independentemente da caracterização específica das suas manifestações de vida, e da «qualidade» que possa associar-se à experiência subjectiva dessas manifestações)”. (ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais... Op. cit.*, p. 13).

<sup>93</sup> O argumento de Rodrigues é assim construído: “Não há dúvida ser injustificável o sacrifício de um ser senciante em benefício de outro, inclusive quando se trata do dito sofrimento necessário. Não se quer apenas justificar o sofrimento necessário concentrado nos argumentos dos partidários do bem-estar animal, posto estarem arraigados no antropocentrismo; mas sim nos argumentos dos defensores dos Direitos dos Animais apresentados como interesses inatingíveis e absolutos. Por conseguinte, o direito ao não-sofrimento dos Animais não-humanos pode, também, ser aprovado pelo princípio de igualdade de interesses. O Animal possui vida e direito à vida, exatamente por isso, precisa ser respeitado. Em outras palavras; é obrigatório compreender o direito à vida dos Animais não-humanos igualmente ao direito dos humanos, ou seja, há de ser reverenciada a vida em sua existência até os limites naturais. Seres sensíveis, com capacidade de sofrer, independentemente do grau da dor ou da capacidade da manifestação, devem ser respaldados pelo princípio da igualdade e fazem jus a uma total consideração ética. Infligir dor aos Animais não-humanos não desculpa qualquer tese de domínio dos interesses do homem, sobretudo quando o fim é a lucratividade”. (RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 92-93, disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12358/DANIELLE%20TETU%20RODRIGUES2.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, acesso em 31/12/2018).

<sup>94</sup> Para Ataíde Junior: “O Direito Animal positivo é o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica. Esse conceito é formulado a partir da genética constitucional do Direito Animal brasileiro. Segundo o art. 225, §1º, VII da Constituição brasileira de 1988, incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Assim, conforme a explícita dicotomia constitucional, quando o animal não-humano é considerado fauna, relevante pela sua função ecológica, como espécie, é objeto das considerações do Direito Ambiental. Por outro lado, quando o animal não-humano é relevante enquanto indivíduo senciante, portador de valor intrínseco e dignidade própria, é objeto das considerações do Direito Animal”. (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Animal, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 13, número 03, Set-Dez 2018, p. 49).



Direito animal brasileiro”, os animais não-humanos haveriam que ser considerados *em si mesmos*, e não à luz de eventual compreensão que se tenha quanto às suas funções ambientais ou ecológicas<sup>95</sup>. A dignidade e a individualidade assegurariam, nessa perspectiva, bases axiológicas para que a proteção dos animais não-humanos também se dê sob regime *jusfundamental*<sup>96</sup>.

Analisando a disciplina do tema do plano jurisprudencial, Ataíde Junior aponta o julgamento da ADI 4.983/CE, que tratou do caso da *vaquejada*, como “marco inaugural do Direito Animal no Brasil”<sup>97</sup> – e o voto-vista nele proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso “a proclamação judicial mais importante da história do direito ambiental brasileiro”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Essa percepção conduziria até mesmo a uma autonomização entre ambas as esferas: “Dessa forma, Direito Animal e Direito Ambiental não se confundem, constituem disciplinas separadas, embora compartilhem várias regras e princípios jurídicos, dado que ambos, o primeiro exclusivamente, e o segundo inclusivamente, tratam da tutela jurídica dos animais não-humanos. A dignidade animal é derivada do fato biológico da senciência, ou seja, da capacidade de sentir dor e experimentar sofrimentos, físicos e/ou psíquicos. A senciência animal é juridicamente valorada, quando posta em confronto com as interações e atividades humanas, pela positivação da regra fundamental do Direito Animal contemporâneo: a proibição das práticas que submetam os animais à crueldade”. (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro... Op. cit., idem*).

<sup>96</sup> Para o autor: “Como toda dignidade deve ser protegida por direitos fundamentais, não se podendo conceber dignidade sem um catálogo mínimo desses direitos, então a dignidade animal deve ser entendida como a base axiológica de direitos fundamentais animais, os quais constituem o objeto do Direito Animal. Da regra constitucional da proibição da crueldade – e dos princípios que também emanam do mesmo dispositivo constitucional, como o princípio da dignidade animal e o princípio da universalidade – é que exsurge o direito fundamental animal à existência digna. É direito fundamental – e não apenas objeto de compaixão ou de tutela –, porquanto é resultado da personalização e positivação do valor básico inerente à dignidade animal”. (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro... Op. cit., idem*).

<sup>97</sup> “Esse julgamento separou, definitivamente, Direito Ambiental e Direito Animal. Não em compartimentos estanques, que não possam repartir princípios e regras, mas em ciências próprias e autônomas. Era preciso a interpretação do guardião da Constituição (art. 102, Constituição) para consagrar a autonomia jurídica do Direito Animal. Já era esperado que o debate na Suprema Corte brasileira fosse acirrado. A colisão de bens constitucionais – cultura e dignidade animal – posicionou os Ministros, que se repartiram em nítidas visões antropocêntricas (pela preservação da cultura tradicional) e zoocêntricas (pelos animais) ou biocêntricas (pela vida em geral). Mas, ao final, diante da constatação empírica sobre a crueldade inerente à vaquejada, prevaleceu a visão zoocêntrica da regra da proibição da crueldade, insculpida na parte final do art. 225, §1º, VII da Constituição. Esse julgamento, ainda que repleto de contrastes de opiniões, acabou fixando a premissa maior de que mesmo a cultura tem limites na regra da proibição da crueldade aos animais. É certo que decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal também foram guiadas por essa premissa, mas não com a abrangência, o amplo debate e os reflexos sociais e econômicos desse julgamento”. (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro... Op. cit., 58*).

<sup>98</sup> A referência é assim complementada: “Didático e completo, esse voto elabora uma verdadeira síntese evolutiva das ideias animalistas e concilia as vertentes abolicionistas e benestaristas da causa animal. Apesar de não afirmar a existência de direitos jurídicos dos animais, o voto reconhece direitos morais e é enérgico em ressaltar a autonomia da regra da proibição da crueldade em relação à tutela do meio ambiente. O Ministro Barroso, nas discussões com os outros Ministros, reconhece inclusive a inevitabilidade histórica de uma ética animal capaz de, futuramente, mudar por completo as relações entre animais humanos e animais não-humanos, inclusive no que tange à alimentação humana (“em algum lugar do futuro seremos todos [vegetarianos]”). Ao final do voto, afirma que “o próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – ‘bens suscetíveis de movimento próprio’ (art. 82, caput, CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão”. (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro... Op. cit., idem*).

No referido precedente, a ser apresentado adiante no item 2.6, a perspectiva antropocêntrica do direito ambiental teria cedido espaço à perspectiva *zoocêntrica* (ou *biocêntrica*), “com os animais percebidos como *seres sencientes*, portadores de um *valor moral intrínseco* (Ministro Luís Roberto Barroso), dotados de *dignidade própria* (Ministra Rosa Weber)”<sup>99</sup> e, assim, potenciais *sujeitos* (não mais *objetos*) da proteção constitucional pela via da jurisdição.

## 1.7 ATORES COM PODER DE VETO E PROTAGONISMO JUDICIAL AMBIENTAL

A teoria dos “atores com poder de veto”, publicada em 2002 com o título “*Veto Players: How Political Institutions Work*”<sup>100</sup>, é uma proposta de quadro teórico para análise da *estrutura* e do *funcionamento* das *instituições políticas*. Tem por autor o cientista político George Tsebelis e por objeto a *política legislativa*, investigando como as decisões de proposição e aprovação de novas legislações são tomadas para, assim, se tentar explicar uma determinada série de normativas voltadas a um tema específico, dentre outras características das democracias<sup>101</sup>.

Nesse sistema, importa mais a *interação* entre as instituições envolvidas no processo decisivo-normativo (os “atores com poder de veto”), do que propriamente aspectos *conceituais* como *regime*, *sistema de partidos*, *tipos de partidos* etc. A proposta sugere que a teia e as posições desses atores são mais *complexas (multidimensionais)* do que a *tradicional (unidimensional, polarizada ou por vezes limitada)* leitura focada em *embates partidários (esquerda-centro-direta)*, formações de *alianças*, *maiorias* ou *minorias*, *dominância* ou *separação* de poderes. Nem mesmo *referendos* e demais avanços em mecanismos voltados ao equilíbrio no exercício democrático (*direto-indireto*) esgotariam o universo a ser mapeado para se obterem *predições fidedignas* acerca da *eficácia (aceitação-rejeição)* de determinada política pública pelos *atores com poder de veto*.

---

<sup>99</sup> ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro... Op. cit., idem.*

<sup>100</sup> TSEBELIS, George. *Veto players: how political institution work*. Princeton UP: 2002.

<sup>101</sup> O autor emprega, no inglês, a palavra “*policy*”, cujo sentido comporta uma especificidade em relação ao significado de *lei* ou *legislação*. “*Policy*” se refere à materialização, em lei, isto é, em ato normativo oriundo do poder competente, à luz da partição constitucional de atribuições, das diretrizes gerais de um plano estatal para disciplina de determinada questão, geralmente distribuindo papéis específicos a determinados atores da administração pública, além de disciplinar direitos e obrigações afetos ao tema regulado. Está mais próxima, no Brasil, das chamadas “*Políticas Nacionais*” deliberadas pelo legislativo da União, a exemplo da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal 6.938/1981), Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal 12.305/2010), dentre outras.

A *teoria dos atores com poder de veto* propõe um universo de *sujeitos* (indivíduos e instituições) que, a exemplo do *Judiciário* e das *Burocracias* (estas melhor compreendidas como *Executivo* ou *Administração Pública*), não se resumiriam a *políticos* e *partidos* com representação no *Legislativo* - e com os quais não se dialogaria num processo *decisório-normativo* meramente *interna corporis*, como tradicionalmente seria o caso da *jurisdição*. Concebidos como atores *independentes* (*Judiciário*) ou, no caso do Executivo, se não *institucionalmente independentes* ao menos *comportalmente independentes*<sup>102</sup>, suas opiniões e possibilidades de intervenção no processo de *lawmaking* poderiam passar a ser consideradas sob um novo formato.

Valendo-se de *dados empíricos* provenientes dos mais diversos países, sistemas políticos e, por conseguinte, *arranjos institucionais*, a proposta sugere que os *atores com poder de veto* seriam igualmente variáveis, conforme cada organização constitucional e institucional. Não obstante, a teoria sustenta que seu aporte sugeriria elementos passíveis de *observação* em *qualquer* ambiente político, possibilitando *predições* acerca do comportamento dos *atores com poder de veto* no contexto de um processo de *lawmaking* - o qual *não se resumiria*, portanto, ao *processo legislativo ordinário*.

As questões centrais dessa teoria se voltariam a elucidar, então: *quem seriam* esses chamados *atores com poder de veto*, cuja identificação se mostraria necessária para se conceber eventual mudança no *status quo* social mediante um processo decisório-normativo (*lawmaking*) *não-legislativo*; *quantos* existiriam; *onde* estariam; *como* afetariam os resultados; se haveria aqueles que, *apesar de existirem*, *não afetariam* os resultados; *como decidiriam* e *interagiriam* entre si; se seriam *indivíduos* ou *coletividades*<sup>103</sup>. As respostas a essas indagações promoveriam “*introspecções* significativas no processo legislativo e seus resultados, bem como outras características estruturais dos diferentes sistemas políticos”<sup>104</sup>.

Nessa leitura, apesar de o *status quo* ser elemento essencial e particular de cada modelo de política multidimensional, haveria necessidade de se reposicionar esse conceito, pois suas limitações se evidenciariam em situações *mais complexas* - e mesmo que aparentemente permaneça funcionando nos casos mais simples<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Segundo Tsebelis: “No que diz respeito às burocracias, defendi que é mais fácil testar a independência institucional do que a independência comportamental, porque as preferências da burocracia são um componente necessário da análise. O único caso que encontrei onde a literatura tem sido unânime em fazer tal suposição foi o caso de bancos centrais, e para essas burocracias em particular forneci evidência existente de que minha expectativa de independência comportamental é corroborada”. (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 420).

<sup>103</sup> TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 412.

<sup>104</sup> TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 413.

<sup>105</sup> Eis o procedimento metodológico sugerido: “Primeiro, assumimos as posições do status quo e as preferências ideológicas de diferentes atores, e então identificamos como cada um desses atores vai se comportar. Enquanto o conceito

A teoria dos *atores com poder de veto*, sugerindo como método de análise uma perspectiva *multifocal de variáveis*<sup>106</sup>, se mostra útil ao entendimento da problemática existente no enfrentamento de temas relacionados à matéria ambiental, enquanto fenômeno *multidimensional*, pela via jurisdicional. A partir de suas premissas gerais, a possibilidade de que o Judiciário desempenhe funções distintas da adjudicação tradicional em temas sociais sensíveis, como ocorre nas questões relacionadas à proteção do meio ambiente, não decorreria, por exemplo, da influência das tradições do *common law*<sup>107</sup> ou do *civil law*<sup>108</sup> nos diversos países, mas no *número de atores com poder de veto* e das *distâncias entre eles*. Diversamente do que enunciaria a clássica distinção, não haveria nem mesmo nos países de *common law* uma prevalência do *Judiciário*. As fontes das quais a teoria se vale, remetendo-se ao ano de 1995<sup>109</sup>, indicariam uma *convergência* em ambos os sistemas quanto ao papel da jurisdição na estruturação da ordem jurídica<sup>110</sup>. Por outro lado, países com *baixa estabilidade política* teriam *baixa independência judicial*, ao tempo em que países com *alta estabilidade política* teriam *juizes mais independentes*. Residiria, portanto, na *independência*, com lastro *constitucional*, o fundamento para a não ocorrência de desavenças político institucionais - como casos de *overruling*<sup>111</sup>.

---

de "status quo" é essencial em todos os modelos teóricos, pouca atenção tem sido dada a como o conceito corresponde a situações políticas reais. Geralmente os modelos assumem um espaço político, informações completas e estabilidade do status quo, assim como todos os modelos que apresentei na primeira parte deste livro. Tais modelos podem ser suficientes quando se discutem situações simples, como legislação em uma área política específica. No entanto, eles são inadequados quando se discutem questões mais complicadas, como seleção governamental ou sobrevivência governamental". (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 311-312).

<sup>106</sup> O contexto da variabilidade fenomênica e, conseqüentemente, das dimensões de análise dos possíveis resultados é assim considerado por Tsebelis: "Essa descoberta apoia a afirmação feita diversas vezes neste livro de que espaços multidimensionais precisam ser estudados como tais, e não podem ser sempre reduzidos a uma única dimensão". (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 272-273).

<sup>107</sup> A noção de common law utilizada por Tsebelis é a seguinte: "A distinção usual no direito comparado é nos países de tradição do common law e do civil law. Nos países de common law (Reino Unido e todas as suas ex-colônias, como EUA, Austrália, Nova Zelândia, Irlanda, Malta, etc.), "leis" são menos vistas nos tribunais como atos do parlamento e mais como acumulação de decisões e interpretação de juizes. A regra central em países de common law é stare decisis (deixe a decisão firmar), as palavras em latim para a importância do precedente. Decisões tomadas por juizes anteriores em casos semelhantes são obrigatórias para um juiz. Como resultado, juizes criam a lei e assim como a aplicam e interpretam". (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 326).

<sup>108</sup> A tradição da civil law, por sua vez, é assim apresentada pelo autor: "Nos países que seguem a tradição do civil law, a base da lei é um código legal compreensivo e autoritário. É sobre esse código que as legislaturas constroem uma superestrutura de estatutos. O mais utilizado desses códigos é o Código Napoleônico (usado na França, Bélgica, Grécia, Luxemburgo, Holanda, Itália, Espanha e Portugal). Um segundo desses códigos é o Código Civil Alemão (usado na Alemanha, Noruega, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Islândia). Nos países de civil law, juizes interpretam a lei, eles não a fazem". (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 326).

<sup>109</sup> O exemplo brasileiro, que adota a tradição do *civil law*, encerrando o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação (Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 73, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, acesso em 31/12/2018), pode ser indicativo do acerto e contemporaneidade da teoria de Tsebelis sob esse aspecto.

<sup>110</sup> Segundo Tsebelis: "De acordo com a teoria dos veto players, o que importa para a independência e importância do judiciário não é o sistema legal de um país, mas sim se os tribunais são constitucionais ou não, e a dificuldade do sistema político de se sobrepor a uma interpretação estatutária ou constitucional". (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 327).

<sup>111</sup> Tsebelis assim argumenta quanto à relevância desse aspecto no âmbito de sua teoria: "Essa é uma questão importante, porque se os tribunais podem interpretar a constituição e basear suas decisões nela, eles não podem

Para suportar essa tese, o modelo se vale, dentre outras fontes, de *dados* que demonstrariam que *sistemas federais* teriam um Judiciário mais *independente*, uma vez que poderia vir a ser chamado para julgar *diferentes* ramos de governo. Não obstante, compreende que a existência de um *devido processo legal* seria fundamental para que se possa cogitar o Judiciário como *ator com poder de veto*<sup>112</sup>.

A possibilidade de que o Judiciário, enquanto instituição, e de que os juízes, individualmente, sejam considerados *atores com poder de veto* é analisada em dois contextos: ao se proferirem decisões denominadas *estatutórias* (“*statutory decisions*”); ao se realizarem *interpretações constitucionais* (“*constitutional interpretations*”). No primeiro, não seriam *atores com poder de veto* pois, considerado o sistema de nomeação para a Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, com similaridade em outros países analisados, estaria eliminada a possibilidade de tomada de posições extremadas a ponto de se provocar alteração no *status quo*<sup>113</sup>. Já no segundo, seriam *atores com poder de veto*, mas não na medida de estarem em desacordo com o Legislativo, e sim porque teriam de desempenhar precisamente suas funções constitucionais, decidindo questões *controversas* sobre as quais *não teria* havido deliberação democrática majoritária anterior, com possibilidade de resultado eventualmente *desfavorável* aos interesses de momento dos *policymakers*<sup>114</sup>.

No âmbito das mais diversas questões envolvendo o meio ambiente, a realidade brasileira tem evidenciado que o Judiciário tem voluntariamente desempenhado um papel de

---

ser anulados pelo sistema político. A única exceção seria uma mudança na constituição, o que significaria que o judiciário de um país seria um ator com poder veto, já que uma decisão do Judiciário poderia invalidar uma lei”. (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 327).

<sup>112</sup> TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 420.

<sup>113</sup> Para o autor: “As restrições impostas à seleção de membros da mais alta instituição do judiciário eliminam posições extremas e praticamente garantem que a mediana da corte será centralmente localizada no espaço político. No entanto, os meios usados por cientistas políticos americanos e acadêmicos judiciais para estudar a Suprema Corte dos EUA não estão disponíveis para outros tribunais, porque as deliberações são secretas e na maioria das vezes as dissidentes (se houver) permanecem desconhecidas e certamente não são assinadas e publicadas”. (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 329). Além disso, eventuais discordâncias do judiciário em relação a um ato de governo ou legislativo podem estar limitadas ao *procedimento*, não abrangendo a política pública (“*policy*”) como um todo (Cf. TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 330).

<sup>114</sup> A análise crítica completa desse cenário tem o seguinte conteúdo: “Primeiro, juízes são selecionados por competência e por suas posições políticas (conhecidas). Algumas de suas posições podem ser desconhecidas, porque eles não deliberaram sobre cada questão, e algumas posições podem ser consideradas secundárias, de modo que não estão sujeitas a testes decisivos. Uma dessas questões pode se tornar importante algum dia e controversa, como a questão dos casamentos gays ou da eutanásia, e sobre essa questão a Suprema Corte pode estar em desacordo com os formuladores de políticas, mas esse não era o critério de seleção no passado. Na verdade, é provável que essa seja uma nova dimensão que atravessa linhas partidárias”. (TSEBELIS, George. *Veto players... Op. cit.*, p. 329).



*protagonismo enquanto ator com poder de veto*<sup>115</sup>, talvez até mesmo exasperando suas atribuições constitucionais, algumas vezes inclusive orientado por ideologias, *nem sempre uniformes*, de seus diversos órgãos singulares e coletivos<sup>116</sup>.

A inafastabilidade do controle jurisdicional previsto na Constituição de 1988 trouxe, enquanto um dos instrumentos de promoção do equilíbrio ecológico, a quase *inevitável* judicialização de casos em que a ideia de proteção integral do meio ambiente possa estar em jogo. Ainda que, sob um critério estritamente numérico, os processos relativos a causas ambientais no Brasil, sejam elas de natureza civil, administrativa ou criminal, aparentemente ainda não tenham se apresentado em quantidade suficiente, frente ao volume total de demandas, para serem merecedores de um indicador específico no âmbito dos relatórios *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>117</sup>, a problemática e a complexidade<sup>118</sup> desses

---

<sup>115</sup> Para a Ministra Eliana Calmon, a participação do CNJ e de outros órgãos do Judiciário, por exemplo, na Rio+20 representou “uma mudança de percepção do Poder Judiciário em relação ao seu papel”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos ambientais representam desafio para magistrados*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58840-processos-ambientais-representam-desafio-para-magistrados-diz-corregedora>, acesso em 31/12/2018). Segundo ela: “Há vinte anos, quando foi realizada a Rio92, o Judiciário não estava presente. Hoje estamos todos aqui. Somos diferentes porque somos participativos. Não estamos enclausurados nos gabinetes. O Judiciário está ciente de seu papel em relação ao Meio Ambiente e estamos prontos para cumprir a tarefa que nos foi outorgada”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos ambientais... Op. cit. idem*). Para Calmon, “todos os grandes embates na área ambiental passam pelo Poder Judiciário e geralmente envolvem dois grandes atores da sociedade: o Estado e fortes grupos econômicos responsáveis pela execução das obras”, razão pela qual defende “uma postura mais participativa do Poder Judiciário nas questões ambientais”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos ambientais representam desafio para magistrados... Op. cit. idem*).

<sup>116</sup> Não se pode perder de vista que, como lembram Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Clementino Queiroz e Valter Moura do Carmo, com lastro no pensamento de Antonio Carlos Wolkmer: “Há uma carga ideológica institucionalizada e legitimada pelo direito substantivo. Quando da efetivação está presente o conteúdo ideológico na medida em que “as ideologias que fundamentam os institutos de direito substancial, tanto privado quanto público, penetram no Direito Processual Civil” (Wolkmer, 2003, p. 178)”. (LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino e CARMO, Valter Moura do. *A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 8(2):151-163, p. 160).

<sup>117</sup> Segundo informações da 14ª edição do *Relatório Justiça em Números*, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017... Op. cit.*, p. 73). Não obstante, conforme explanação metodológica constante da introdução deste trabalho, a pesquisa no site do STF na Internet pela expressão “meio adj ambiente” e variações, compreendendo o período de 05/10/1988 a 05/10/2018, abrangeu 393 Acórdãos, 3.806 Decisões Monocráticas, 166 Decisões da Presidência, 01 Questão de Ordem e 10 Repercussões Gerais. Já no site do STJ, o levantamento, a partir dos mesmos verbetes e considerado o mesmo período, envolveu 2.478 acórdãos, dos quais 10 repetitivos, 28.107 Decisões Monocráticas e 123 Informativos de Jurisprudência. Além disso, conforme publicações do STJ, foram analisadas, até a conclusão deste estudo, 11 teses de direito ambiental predominantes na Corte (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. n. 30. Brasília: STJ, 13/05/2015, disponível em [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf), acesso em 31/12/2018), incluindo 04 súmulas relevantes relacionadas à temática da proteção do meio ambiente: 613, 618, 623 e 629 - todas de 2018.

<sup>118</sup> Para a Min. Eliana Calmon, “a complexidade técnica que envolve algumas ações relacionadas ao meio ambiente representa um desafio para muitos magistrados. (...) os magistrados muitas vezes enfrentam grandes dificuldades ao lidar com processos que envolvem questões ambientais, principalmente ao decidir pela concessão ou não de



tipos de litígios, principalmente nos casos envolvendo *desastres*, têm provocado preocupações e motivado discussões sobre o *papel* e a *performance* da jurisdição brasileira no tema da proteção do meio ambiente<sup>119</sup>.

O tom que vem sendo dado pelo Judiciário brasileiro quanto ao delineamento contemporâneo de suas atribuições e postura em relação ao meio ambiente tem sido de efetivo *protagonismo* e de *ator com poder de veto*, envolvendo *participação* ou *não distanciamento*, inclusão de uma *agenda sustentável* no *planejamento estratégico*, estabelecimento de *padrões de conduta (guidelines)* e até mesmo implementação de *políticas públicas ambientais*<sup>120</sup>.

O fenômeno teria lastro no próprio movimento de *constitucionalização ambiental*, a partir do qual uma ampla conscientização quanto a preceitos de *sustentabilidade* passaram a pautar a produção jurisprudencial - não necessariamente mediante a ideia de *hierarquia*, mas, principalmente, de *ocupação de espaços vazios* e de *afirmação de autoridade*, direcionada pela ideia de *proteção integral* como forma de se assegurar um *mínimo existencial ecológico*<sup>121</sup>.

---

medidas de urgência. ‘São sempre grandes questões que se apresentam difíceis para o magistrado porque envolve conhecimentos técnicos e, sobretudo, muita pressão psicológica pelo nível dos advogados que conduzem estas ações. Não é sem razão que muitas vezes o juiz se sente preocupado na concessão de medidas de urgência, por conta do alto nível de tecnicidade que precisa ser enfrentado para se emitir uma decisão’”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos ambientais... Op. cit.*).

<sup>119</sup> Foi realizada uma reunião com esse propósito em 23/03/2011 no salão de conferências do STJ, da qual participaram juízes especializados em fazenda pública e direito ambiental. Na mesma ocasião, houve debate sobre a jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da seguinte problemática, a qual foi delineada naquele evento pelo então Presidente da Corte, Ministro Ari Pargendler: “O STJ julga mais litígios sobre temas ambientais do que todas as altas cortes da América Latina somadas (...) o juiz é um implementador das normas jurídicas, e não pode ficar ausente diante de um contexto de ameaça à biodiversidade e busca de um desenvolvimento sustentável”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Juízes federais debatem jurisprudência ambiental do STJ*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56719-juizes-federais-debtem-jurisprudencia-ambiental-do-stj>, acesso em 31/12/2018).

<sup>120</sup> Segundo o Min. Gilmar Mendes: “É verdade que temos uma distribuição de recursos longe de ser simétrica, além de problemas nas unidades da federação. Mas o importante é que os desafios não comprometam o esforço que o Judiciário vem fazendo no sentido da sustentabilidade”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Evento destacou esforços e desafios do Judiciário na preservação do meio ambiente*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61779-evento-destacou-esforcos-e-desafios-do-judiciario-na-preservacao-do-meio-ambiente>, acesso em 31/12/2018). Já para a Conselheira do CNJ, Maria Cristina Peduzzi, seria “indiscutível o papel do poder público na construção de uma sociedade mais inclusiva, estimulando-a a adotar um padrão de consumo sustentável em face de sua condição de grande consumidor de recursos naturais”, compreendendo ela que, para tanto, seria também salutar a adoção de diretrizes pelo Judiciário, como aquela contida na Recomendação CNJ nº 11/2007, a qual “Recomenda aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal de 1988, que adotem políticas públicas visando à formação e recuperação de um ambiente ecologicamente equilibrado, além da conscientização dos próprios servidores e jurisdicionados sobre a necessidade de efetiva proteção ao meio ambiente, bem como instituem comissões ambientais para o planejamento, elaboração e acompanhamento de medidas, com fixação de metas anuais, visando à correta preservação e recuperação do meio ambiente”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judiciário é o Poder que mais avançou no planejamento estratégico sustentável*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61764-judiciario-e-o-poder-que-mais-avancou-no-planejamento-estrategico-sustentavel>, acesso em 31/12/2018).

<sup>121</sup> Esse é o pensamento, por exemplo, de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer: “Nesta perspectiva, doutrina e jurisprudência passaram, cada vez mais, a incorporar uma “consciência ecológica” e, mediante processo de

Para Alberto Nogueira, no entanto, não haveria nessa questão grande *novidade*, pois, *em qualquer época*, juízes sempre teriam feito o mesmo: julgar conforme *suas (próprias) percepções*<sup>122</sup>. A novidade estaria em serem eles *hoje* concebidos (ou *esperados*) em sociedade como *salvadores*, em desconsideração da *humanidade inerente* aos magistrados<sup>123</sup>.

Hélio Pinheiro Pinto, por sua vez, posiciona na passagem do Estado *liberal* para o modelo *social a alternância* (ou *redistribuição*) entre poderes que seria o germe do *protagonismo judicial*. Diferentemente do que se passaria no *Estado Legislativo* do século XIX, para o qual o magistrado não passaria de mero *proclamador* de teórica *vontade abstrata da lei* em casos concretos, o século XX, impregnado de *mentalidade constitucional*, seria marcado por juízes cuja atuação não se limitaria ao estabelecimento de direitos *individuais*, mas também de *criação* de direitos *sociais, econômicos, culturais e ecológicos*<sup>124</sup>. Isso se daria mediante uma argumentação

---

permanente reconstrução, assegurar a efetividade dos programas constitucionais e legislativos de proteção ao meio ambiente, o que também tem sido o caso do Brasil, produtor de expressiva literatura, mas também de paradigmática jurisprudência nesta seara. (...) A rigor, o novo paradigma não opera por hierarquia, mas por convergência, o que, claro, não exclui o entendimento de que tudo se faz em favor e por conta da vida, em todas as suas formas e matrizes”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental... Op. cit.*, p. 13).

<sup>122</sup> Segundo o autor: “O Juiz, em qualquer época, em qualquer tempo, em qualquer lugar, ele sempre teve a mesma função – e vocês sabem qual é – que é a de julgar. Isso não muda, e tem a ver com um compromisso, com o sentimento, com o feeling de Justiça. É quase divino. Talvez, mais do que divino, porque os deuses, sendo deuses, têm mais facilidade, e nós que estamos aqui abaixo do Olimpo, não sendo deuses, fazer como deuses, é realmente um pouco mais difícil, mas esse é o compromisso”. (NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao direito do terceiro milênio: justiça, globalização, direitos humanos e tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66).

<sup>123</sup> O conflito existencial (de identidade) enfrentado pelos juízes assumiria os seguintes contornos: “(...) então qual o papel contemporâneo do juiz? Como autor e ator, então, não é mais aquela coisa do processo, que o processo cria personarum, autor, réu, iudex, não é um ator neutro, não está dentro de um circo. Ele está agora dentro da sociedade. O Juiz, hoje, é um homem jogado dentro da sociedade. Na percepção que tive, parece-me que hoje ele é considerado como uma espécie de salvador e por isso essa demanda extraordinária pelo Judiciário. Não estou querendo atemorizar ninguém, mas vocês chegaram para fazer isso. Nós temos Direitos Coletivos, Direitos Difusos, Direitos para as gerações seguintes, que eu chamo dos verdadeiros Direitos Humanos, e não Direitos do Homem, compreendendo os Direitos Individuais, os Direitos Clássicos, no sentido inglês, germânico, ou seja, due of law, due process of law, law of land, ou, no sentido germânico de Direitos Fundamentais, uma norma que vincule todos os estamentos, que assegure a cada pessoa o mesmo conjunto de Direitos que qualquer outra pessoa possa ter, independentemente de seu estado civil, de suas posses, de sua inteligência, de seu entorno social, portanto, uma igualdade material que se exige que a lei também seja, e não uma igualdade perante a lei, mas a igualdade dentro da lei e não apenas uma igualdade perante a lei. (...) Não se sintam tristes, nem condenados, nem réus. O Juiz é homem, ou uma mulher, como qualquer um, faz parte dessa galáxia, dessa nossa fauna e, por isso, não se sentindo diferente ou alienígena, ele tem a consciência de que está começando, e que vai fazer um trabalho sério e respeitado”. (NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao direito do terceiro milênio... Op. cit.*, p. 74-75).

<sup>124</sup> Segundo Pinheiro: “Com essa nova posição da Constituição, a lei deixa de ser a fonte exclusiva do direito e a centralidade quase monística do Poder Legislativo perde espaço. O princípio da separação dos poderes ganha novas “cores”, na medida em que o juiz deixa de ser a mera “boca” do legislador, podendo examinar a validade e compatibilidade da lei com a Constituição. Estabelece-se um cenário favorável a um intenso crescimento da criatividade e protagonismo judiciais, como se passou, por exemplo, após o advento da Constituição brasileira de 1988. Por outro lado, o Estado Social, mais intervencionista, não se limitou apenas a estabelecer direitos individuais. Criou também direitos sociais, econômicos e culturais, assumindo o papel de provedor do bem-estar social e de redutor das desigualdades materiais por meio da realização de prestações positivas”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 93).

que se refere à Constituição como *fonte central do sistema jurídico* e que defende a possibilidade de que a jurisdição se utilize de suas *aberturas hermenêuticas* nos julgamentos, tendo-se como resultado “um crescimento da criatividade e protagonismo judiciais”<sup>125</sup>.

Para Eduardo Cambi, seria compatível com o direito *pós-moderno* a “não passividade” judicial, bem como a aposta em uma “vontade transformadora guiada pela atividade intersocial de produção responsável de projetos de justiça social inclusiva (pró-atividade na tutela dos interesses sociais relevantes)”<sup>126</sup>. Conforme o pensamento do referido autor, a jurisdição contemporânea não se limitaria à aplicação *formal* dos textos jurídicos, tampouco a intervenções *incondicionadas*. Haveria que se promover *harmonia* entre *norma e realidade social*, dentro de parâmetros estabelecidos pela *argumentação jurídica* que, assim, se voltaria à *legitimação* de decisões *afirmativas de direitos fundamentais*<sup>127</sup>.

Segundo Pinheiro, o “baixo nível de desempenho promocional por parte das instâncias políticas” (Legislativo e Executivo) no que se refere à concretização de direitos fundamentais teria transferido ao Judiciário uma “multiplicação metastática das reivindicações para a satisfação dos compromissos politicamente irrealizáveis”<sup>128</sup>. Essa *explosão de litigiosidade* seria fruto de uma “panconstitucionalização”, movimento de vertente *ideológica* que teria provocado uma “obesidade colonizante do direito constitucional”<sup>129</sup> e para o qual teriam

---

<sup>125</sup> As características desse novo período seriam as seguintes: “Na passagem do Estado liberal para o Estado Social, o equilíbrio entre os poderes muda e o papel do Judiciário ganha relevo político e social, especialmente com a afirmação progressiva da força normativa da Constituição, dentro de um quadro de Estado Constitucional de Direito. Se no modelo de Estado Legislativo de Direito do Século XIX soaria quase escandaloso sugerir que os juizes criassem o direito, ao invés de somente declará-lo, já não o seria no âmbito do Estado Constitucional de Direito, sobretudo a partir da segunda metade do século XX”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia...* Op. cit., p. 92).

<sup>126</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. cit., p. 317-318.

<sup>127</sup> Para Eduardo Cambi: “A jurisdição do Estado Contemporâneo não se limita a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos. Cabe ao Judiciário justificar e fundamentar o significado da norma jurídica, colocando-a em harmonia com a nova realidade social. É função judicial promover a paz social, pela mediação entre grupos e interesses, entre o direito e a justiça. (...) A intervenção jurisdicional não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Nessas hipóteses, o Judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos. Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o protagonismo judiciário, assim compreendido, justifica-se”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. cit., p. 319).

<sup>128</sup> Eis o pensamento de Hélio Pinheiro Pinto sobre o tema: “O protagonismo dos juizes depende, como já se disse, da presença de uma Constituição normativa e suprema, bem como de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade que permita ao Poder Judiciário controlar as ações e omissões dos outros órgãos do Estado. (...) Este cenário ainda se agudiza quando se tem em conta o fenômeno da constitucionalização superlativa do Direitos brasileiro após a Carta Magna de 1988, que implicou, por um lado, a direta regulação constitucional de matérias que antes eram confiadas à disciplina do legislador infraconstitucional; e, por outro, a penetração de princípios da Constituição em todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, impondo uma releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Lei Fundamental”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia...* Op. cit., p. 102).

<sup>129</sup> Segundo o mesmo autor: “Esta panconstitucionalização levou ao fenômeno da obesidade colonizante do direito constitucional. E a colonização do ordenamento jurídico pela Constituição produz, em consequência, uma colonização

contribuído, dentre outros, os compromissos relacionados ao *direito do ambiente* assumidos pelos Constituintes de 1988<sup>130</sup>.

A proteção do meio ambiente, sob a égide de uma jurisdição *protagonista* no estabelecimento de padrões *igualitários* de conduta, passaria a ser balizada não só por um *interesse institucional* de envolvimento em casos de destaque relacionados à proteção do meio ambiente<sup>131</sup>, mas também por *deveres* decorrentes de *valores* que estariam *explícitos* e *implícitos* tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional especial. Sua *revelação (materialização)* e *aplicação (afirmação)* em casos concretos passaria a integrar, então, a *pauta cotidiana* de atribuições do Judiciário.

Por outro lado, o *protagonismo judicial* não faria desaparecer problemas conceituais concernentes, por exemplo, ao tema da *dificuldade contramajoritária*, isto é, à questão da legitimidade democrática de um sistema de justiça em que *juízes não-eleitos* poderiam *conformar normativamente a realidade* a partir, muitas vezes, de *seus próprios valores individuais*, até mesmo em detrimento de decisões tomadas pela *maioria qualificada* representada no *Parlamento*<sup>132</sup>. E, sob a perspectiva dos *compromissos, obrigações e restrições intergeracionais* que estariam sendo assumidos ou determinados pela jurisdição, tais instabilidades teóricas agravariam *críticas* a esse modelo de *governo de juízes*<sup>133</sup>.

---

do legislador (e do próprio povo que ele representa) pelos juízes constitucionais, de modo que o direito avança sobre a política e os juízes sobre a democracia”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia... Op. cit.*, p. 102-103).

<sup>130</sup> As razões que teriam contribuído para esse cenário seriam: “(...) as más lembranças do superado regime ditatorial e a crise de confiança e de credibilidade em relação aos legisladores. Com efeito, os Constituintes de 1988, desconfiados dos parlamentares, legislaram sobre quase todo tipo de questão (política, social, econômica etc.) e ainda estabeleceram um extenso catálogo de direitos fundamentais de várias dimensões ou gerações (liberdades civis clássicas, direitos econômicos, culturais e sociais, direito do ambiente, consumidor, etc.), sendo que apenas o art. 5º da CF possui um rol de direitos individuais coletivos tão alargado que está subdividido em 78 incisos. Some-se a isso o fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem, como regra, autossuficiência normativa, podendo ser aplicadas judicialmente independentemente de qualquer intermediação, nos termos do art. 5º, §1º, CF”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia... Op. cit.*, p. 103).

<sup>131</sup> Não por outra razão, um dos principais casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro se referiu às ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade relacionadas à Lei Federal nº 12.651/2012 (Lei/Código Florestal), as quais foram julgadas parcialmente procedentes, por maioria de votos (6 x 5), para conferir interpretação conforme à Constituição a alguns dos dispositivos legais impugnados. (Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4901, 4902, 4903 e 4937/DF e ADC 42/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, julgamento concluído em 28/02/2018, a ser apresentado adiante no item 2.7).

<sup>132</sup> A reflexão é de Hélio Pinheiro Pinto: “Trata-se de um poder praticamente sem amarras, que certamente agrava a “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, na medida em que possibilita a juízes não eleitos – às vezes com base em interpretação constitucional invariavelmente construtiva, que logicamente não se reduz, diante da textura aberta dos enunciados das cláusulas pétreas, à mera declaração da vontade dos constituintes de 1988”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia... Op. cit.*, p. 110).

<sup>133</sup> E prossegue o mesmo autor: “Se a compatibilidade entre constitucionalismo e democracia, especialmente a democracia intergeracional, já desafia a superação de alguns questionamentos ligados à vinculação das gerações futuras às decisões tomadas pelo povo de um determinado momento constituinte do passado (“governo dos mortos sobre os vivos”), com maior razão a admissão de uma espécie de “governo dos juízes” – viabilizado por meio da

Nesse contexto, os seguintes Capítulos 2 e 3 apresentarão casos em que, conforme delimitação e problematização definidos para esta pesquisa, se considerou que o STF e o STJ, enquanto órgãos de sobreposição da jurisdição nacional, teriam exercido atividade *normativo-criativa primária*, fazendo preponderar a função *legislativa* em detrimento da *jurisdicional*, mediante discurso argumentativo eminentemente fundado em *princípios* e na técnica da *ponderação*.

Como esclarecido na introdução deste trabalho, o acervo de acórdãos selecionado é fruto de uma análise quantitativa e qualitativa que se voltou, num primeiro plano, à identificação de julgados em que os discursos apresentados neste primeiro Capítulo tenham de algum modo tangenciado as linhas argumentativas construídas pelas Cortes Superiores em prol da *proteção integral do meio ambiente*. Em segundo plano, compreende-se que a classificação, organização cronológica e apresentação dos casos a partir dos paradigmas ou métodos de decisão neles adotados possibilitará, no Capítulo 4, o enfrentamento de alguns desafios e perspectivas que se compreendem decorrentes das problematizações de fundo teórico vislumbradas em cada julgamento.

---

“guarda” judicial de cláusulas pétreas normativamente fluidas, abertas e vagas – desafia problemas ainda maiores à luz do princípio democrático”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia...* *Op. cit.*, p. 110).



## 2. PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 2.1 PONDERAÇÃO, LITERALIDADE CONSTITUCIONAL E NORMAS PROCESSUAIS TRADICIONAIS: PROIBIÇÃO CAUTELAR DE CORTE DE VEGETAÇÃO NATIVA NO BIOMA MATA ATLÂNTICA (ADI 487 MC/DF - 09/05/1991)

A Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou ADI, com medida cautelar, contra o Decreto Federal 99.547, de 25/09/1990, que proibiu, por prazo *indeterminado*, o corte e a exploração de vegetação nativa no bioma Mata Atlântica.

A tese central defendida foi a violação do art. 225, §4º, da Constituição, o qual, remetendo a utilização dos biomas componentes do patrimônio nacional à forma da lei (i. e., ato normativo emanado do *Congresso Nacional*), não admitiria a disciplina da matéria por decreto (i.e., ato normativo oriundo do *Executivo*)<sup>134</sup>.

A proposta de voto do Relator, Min. Octavio Galloti, que saiu *vencida*, foi no sentido de que o decreto impugnado, pretendendo retirar seu fundamento de validade diretamente do art. 225, §4º, da Constituição, não poderia *se substituir* ao Legislativo enquanto seu destinatário<sup>135</sup>.

Abrindo *divergência*, o Min. Marco Aurélio, analisando a *conveniência* da medida cautelar requerida para suspensão liminar do decreto sob o critério da *urgência*, compreendeu que, no contraste entre interesses da “sociedade como um todo” e de “algumas indústrias que exploram a Mata”, deveriam prevalecer aqueles<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> “Estaria, ainda, o ato, a violar o inciso XXII do art. 5º da Constituição, “impondo uma interdição de uso que suprime da propriedade imobiliária sua essência econômica, sem qualquer indenização” (fls. 4), o que equivaleria a inaugurar no Direito Pátrio o instituto do confisco” (fls. 5)”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF. Relator(a): Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1991, Relatório, p. 55).

<sup>135</sup> “Penso que não caberia ingressar aqui na discussão referente à legitimidade, no direito brasileiro, da expedição do regulamento autônomo, ou da possibilidade de vir o decreto a regular diretamente a Constituição. Na espécie em julgamento, a reserva legal (lei em sentido formal), especificamente exigida pela Constituição (art. 225, § 4º), parece fazer saltar, aos olhos, a impossibilidade de cercear radicalmente, por meio de simples decreto, a atividade cuja forma de limitação a Carta determinou fosse, por lei, estabelecida. (...) Da Constituição, não se pode diretamente extrair, e à revelia da forma nela prescrita (elaboração de lei, em sentido formal), a proibição imposta pelo art. 1º do Decreto nº 99.547-90, não efetivamente pela Lei Fundamental, a merecer no ponto ora examinado, o seguinte comentário do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA: “O art. 225, § 4º, declara patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal, Mato-Grossense e a Zona Costeira, não para torná-las estaticamente preservadas; ao contrário, sua utilização econômica, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais, e admissível, na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente”. (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, Sa. ed, “Revista dos Tribunais”, 1989, pág. 707). (...) Defiro, em parte, a medida cautelar para suspender a vigência do art. 1º do Decreto nº 99.547, de 25 de setembro de 1990”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... Op. cit., Voto Min. Octavio Galloti, p. 58-59).

<sup>136</sup> “Na parte alusiva à conveniência, potencializando, aí, o periculum in mora, vejo-a de uma forma mais abrangente: considerado o social, considerados os interesses da sociedade como um todo, e não interesses isolados e momentâneos de algumas indústrias que exploram a Mata e que pretendem, portanto, ver afastado o óbice a uma



O Min. Carlos Velloso, por sua vez, se inclinou pelo *não conhecimento* da ação, argumentando que a matéria em discussão seria *infraconstitucional* (análise de eventual excesso do decreto frente aos limites dados pela lei – Código Florestal de 1965 então vigente – ao Executivo)<sup>137</sup>. A preliminar, contudo, foi *rejeitada* pela *maioria* do colegiado.

Destacando o caráter *fascinante e extremamente complexo* da questão posta, o Min. Sepúlveda Pertence também vislumbrou em disputa “a proteção do patrimônio ecológico nacional” e os “interesses privados”, razão pela qual, sob o ângulo do juízo *liminar* que se exercia naquela oportunidade, acompanhou a *divergência* do Min. Marco Aurélio<sup>138</sup>.

Já o Min. Paulo Brossard, reconhecendo “discrepar das normas processualísticas tradicionais” e que adotava “razões não muito jurídicas”, se reportou à *devastação das florestas*, que antes cobriam grande parte do território nacional, para *indeferir* a cautelar. Fazendo referências aos parques remanescentes de cobertura florestal nos Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, do Paraná, de São Paulo, no Nordeste e no Norte, preferiu confiar na *celeridade* da Corte em julgar o mérito da ação ao invés de conceder um provimento *liminar* que, a seu ver, poderia fazer com que, até lá, “não reste mais árvore, porque a capacidade devastadora das serras é fantástica”<sup>139</sup>.

---

só penada, mediante a concessão de liminar, e aí a utilização se faria via corte das árvores existentes. (...) Portanto, peço vênha ao nobre Ministro-Relator para, no caso, seguindo inclusive o pronunciamento do Ministério Público Federal, indeferir a liminar pleiteada”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 487 MC/DF... Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 60).

<sup>137</sup> “A ação direta de inconstitucionalidade é reservada para os atos normativos que violam a Constituição; decreto que vai além da lei não é inconstitucional e sim ilegal. As questões que disso decorrem deverão ser resolvidas no âmbito das ações próprias. Se o decreto viola direito individual, aqueles que tiverem violado o seu direito individual deverão procurar a tutela jurisdicional através das medidas judiciais próprias. Não é caso, pois, de ação direta de inconstitucionalidade. Assim, peço vênha ao Sr. Ministro-Relator para não conhecer da ação”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 487 MC/DF... Op. cit.*, Voto Min. Carlos Velloso, p. 61).

<sup>138</sup> “Aqui, entre a proteção do patrimônio ecológico nacional (permitam-se a alegoria...) e os respeitáveis interesses privados, referidos na inicial, em termos de medida liminar, não tenho dúvidas, fico com o primeiro. Pedindo vênha ao eminente Relator e ao Ministro Carlos Velloso, indefiro a liminar, acompanhando o eminente Ministro Marco Aurélio”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 487 MC/DF... Op. cit.*, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 71).

<sup>139</sup> “O território nacional foi coberto, em grande parte, por florestas, e hoje em grande parte está devastado. No meu Estado, o Rio Grande do Sul, uma terça parte do território era coberto por florestas, especialmente a região norte. Hoje, creio que com algum otimismo se poderá dizer que a cobertura vegetal está reduzida a 2%. O Estado de Santa Catarina, o oeste catarinense, especialmente, a metade para dentro do continente era uma floresta só. Hoje, a rarefação vegetal é a regra. O oeste do Estado do Paraná, não faz muito tempo, era coberto por florestas. Hoje, andei por lá, vi com os meus olhos: no oeste do Paraná, Sr. Presidente, se V. Exa. precisar de um pinheiro para remédio, talvez tenha dificuldade de conseguir. Em relação ao Estado de São Paulo, pode-se dizer a mesma coisa. Creio que no Estado de São Paulo a área com cobertura vegetal era bem superior à do Rio Grande do Sul. Hoje, está reduzida a frações infinitesimais. Temos aí um pedaço do Brasil. (...). Não vou fazer uma digressão geográfica, Sr. Presidente, mas fui até São Paulo, e para não dizer que fico olhando apenas para o sul, gostaria de lembrar que o nordeste brasileiro também teve florestas, e que as suas áreas, hoje desertificadas, cobertas por espécimes vegetais da maior riqueza. Onde foram feitos os mais famosos móveis do Brasil, móveis de jacarandá? Em Pernambuco, na Bahia. Hoje, não se encontram nem por encomenda. Pois bem, era a madeira comum dos móveis. (...) Bom, Sr. Presidente, estou discrepando das normas processualísticas tradicionais, mas tudo isto é para

A dimensão do *dilema* enfrentado também foi destacada no voto do Min. Célio Borja, no qual se disse *surpreso*, “feliz ou infelizmente”, ao que pareceu ser a “interpretação possível da questão” que desafiava naquele momento. Para ele, se o critério de análise fosse a *denúncia* feita pelo Min. Paulo Brossard em relação à *depredação da floresta brasileira* e aos *elementos naturais correlatos*, não haveria como ser *deferida* a cautelar. Todavia, como vislumbrou existir *atribuição constitucional expressa de competência legislativa* para disciplina da matéria (i.e., *via lei formal*), preceito do qual o Estado de Direito brasileiro não poderia se afastar, *acompanhou* o Relator<sup>140</sup>.

O Min. Néri da Silveira, lembrando o “conteúdo mais largo, também de índole política”, incidente na análise do requisito processual da *urgência*, *negou* o pedido sob fundamento de que eventuais *madeiras* que se sentissem prejudicadas poderiam, nas vias *ordinárias*, diante de *cada situação concreta*, eventualmente impugnar a *validade* do decreto<sup>141</sup>.

---

dizer que a mim parece que não faz mal, rejeitar a cautelar até o julgamento da ação. O que me impressiona, no art. 1º desse Decreto, é ser por tempo indeterminada a proibição, mas espero que o julgamento da ação não seja por tempo indeterminado, e, nesse caso, tenhamos tempo para melhor examinar e pensar no assunto. Assim, peço vênua ao eminente Relator e aos que o seguiram para indeferir a cautelar, embora não simpatize com a redação do art. 1º do Decreto e tenha ele me causado certa repugnância. Mas como creio que esta ação será julgada "em tempo útil", indefiro a cautelar, até porque, Sr. Presidente, temo que, concedida, quando chegarmos a julgar a ação, não reste mais árvore, porque a capacidade devastadora das serras é fantástica. (...) De modo que, Sr. Presidente, por estas razões não muito jurídicas mas acho que muito realistas, peço licença para indeferir a cautelar. Estou certo de que estamos julgando uma questão de real importância para o país”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... *Op. cit.*, Voto Min. Paulo Brossard, p. 72-76).

<sup>140</sup> “O que me atrai na colocação feita pelo Sr. Ministro Paulo Brossard é, Sr. Presidente, a justeza dos conceitos com relação à depredação da floresta brasileira e desses elementos naturais que são próprios da nossa terra. Se tivesse que votar por esse critério, não teria dúvida alguma, mas fico atento a uma outra circunstância: aqui, a competência para proteger, para baixar normas tutelares dessas áreas, foi dada pela Constituição ao legislador; as normas que vierem a presidir a exploração do conjunto florestal dessas regiões, mencionadas na Constituição, deverão ser normas de lei. Observo, também, que não ficam essas áreas totalmente desprotegidas, primeiro porque existe uma autoridade administrativa capaz de por cobro ao abuso com o poder de polícia que, a meu ver, está bastante elástico pelo que diz o § 4º da Constituição, e pelo que diz o art. 225 em todas as suas proposições. De outro lado -- como bem acentuou o Ministro OCTAVIO GALLOTTI -- foi recebido pela nova ordem constitucional o Código Florestal, que, de alguma forma, estabelece regras de manejo das florestas e da cobertura florestal vegetal do nosso território. O que não podemos fazer -- e cada vez me convenço mais disso -- é, em nome de uma certa utilidade social, esquecer os cânones, as regras, os princípios, que presidem a organização do Estado e a vida da sociedade. Ou damos primazia ao direito e exigimos que as autoridades cumpram o seu dever dentro da lei e dentro da Constituição, ou realmente penso que não saberia bem o que estaria fazendo aqui. Portanto, Sr. Presidente, sem embargo de estar absolutamente seduzido pela tese da necessidade premente, imediata, urgente de dar proteção a cobertura florestal brasileira, especialmente nessas áreas, acompanho o eminente Ministro Relator”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... *Op. cit.*, Voto Min. Célio Borja, p. 78).

<sup>141</sup> “Pela jurisprudência da Corte, tem se verificado, nesses casos, a ocorrência de dois pressupostos: de um lado, a relevância jurídica dos fundamentos do pedido de suspensão, e, de outra parte, o “periculum in mora”. Em matéria de ação de inconstitucionalidade, o STF não tem ficado preso à conceituação desse último pressuposto de índole processual, mas o tem examinado segundo um conteúdo mais largo, também de índole política, no sentido da sua conveniência, ou não, do deferimento da medida cautelar. (...) Dentro do caráter abstrato e amplíssimo da decisão na ação direta de inconstitucionalidade, sempre se teve a concessão da liminar como uma medida excepcional. No caso, compreendo que se está diante de hipótese em que a não concessão da liminar não criará para um eventual interessado em exploração madeireira, por exemplo, que se legitime a impossibilidade de ele, por medida judicial adequada, obter aquilo que resultaria da suspensão, desde logo, dos efeitos desse Decreto. Com tais brevíssimas

Também se alinhando à *divergência*, o Min. Moreira Alves entendeu presente *risco de dano irreparável* em caso de concessão da *liminar*, frente à potencial “impossibilidade de recomposição da mata nativa”<sup>142</sup>.

O Min. Sidney Sanches, finalmente, em seu voto, chamou de “opção pelo mal menor” a decisão de *indeferimento* da cautelar, na medida em que não seriam as *madeiras* eventualmente prejudicadas impedidas de buscar as *vias jurisdicionais próprias* até o *julgamento final do mérito* da ADI<sup>143</sup>.

## 2.2 REGIME JUSFUNDAMENTAL: DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA NO BIOMA PANTANAL MATO-GROSSENSE (MS 22.164/SP - 30/10/1995)

O caso tratou de *mando de segurança individual* impetrado por *pessoa física* contra o Decreto Federal de 11/11/1994, editado pelo Presidente da República e pelo Ministro da Reforma Agrária, que definiu determinado imóvel rural localizado no Município de Santo Antônio de Leverger/MT como *área prioritária* e de *interesse social* para desenvolvimento de *atividades econômicas* no contexto da *reforma agrária*.

Apesar do aspecto a princípio *singelo* e *objetivo* da *causa de pedir central* da demanda (“ausência de notificação do impetrante para exercício do contraditório e da ampla defesa”), a qual inclusive bastou para a *concessão* da segurança por *unanimidade* de votos, o Relator, Min. Celso de Mello, ainda assim se debruçou com *profundidade* sobre o *segundo fundamento* da impetração: *inexpropriabilidade* do imóvel “pelo fato de ele situar-se em área localizada no Pantanal Mato-Grossense”.

A tese *assessória* era no sentido de que, sendo o *Pantanal Mato-Grossense* um dos biomas integrantes do *patrimônio nacional* (CF, art. 225, §1º, VII, e § 4º), eventual *desapropriação* de imóvel nele localizado *para fins de reforma agrária* seria *inconstitucional*, pois o ato expropriatório teria como resultado a inevitável *exposição* de uma área com alta *sensibilidade e interesse ecológicos* ao *risco* de atividades com *potencial lesivo* ao meio ambiente.

---

considerações, acompanho o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, indeferindo a liminar”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... *Op. cit.*, Voto Min. Néri da Silveira, p. 78-79).

<sup>142</sup> “Sr. Presidente, no caso não há “periculum in mora” ou conveniência para a concessão da liminar. Ao contrário, se for ela concedida, a concessão haverá dano irreparável, pela impossibilidade de recomposição de mata nativa. Assim, e com a devida vênia dos que acompanho o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, que indefere a cautelar requerida”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... *Op. cit.*, Voto Min. Moreira Alves, p. 81).

<sup>143</sup> “Pelo menos, faço opção pelo mal menor, até porque, como disse o Sr. Ministro Néri da Silveira, às madeiras, às empresas que se sentirem prejudicadas com o decreto, sempre restará a via própria para defesa de seu eventual direito. Por isso, peço vênia para indeferir a cautelar”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 487 MC/DF... *Op. cit.*, Voto Min. Sidney Sanches, p. 82).

Refutando-a, o Relator registrou inicialmente que o art. 225 da Constituição consagraria o *princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* como “uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas”, sendo tipicamente de *terceira geração e subjetivamente indeterminado*, voltado à *prevenção de conflitos intergeracionais* passíveis de advir da violação do *dever de solidariedade* na sua *proteção integral*<sup>144</sup>.

Conforme o pensamento do Relator, inspirado em Paulo Bonavides, do contexto da reflexão sobre os direitos humanos emergiria a ideia de *proteção integral* dos recursos naturais, no âmbito do qual temas relacionados ao desenvolvimento e ao meio ambiente também teriam passado a ser considerados relevantes na pauta internacional de instrumentos jurídicos de concretização dos direitos fundamentais<sup>145</sup>.

A ideia de um “direito à integridade do meio ambiente”, assumida como um *valor* e, em enunciação *teórica*, consubstanciando um *princípio jurídico* voltado à disciplina normativa de situações concretas da vida em sociedade, faria surgir uma *prerrogativa de titularidade coletiva*, passível de ser exercida *subjetivamente* por qualquer *pessoa (física ou jurídica, nacional ou estrangeira)* em face de outra ou dos próprios poderes instituídos<sup>146</sup>. Esse princípio

---

<sup>144</sup> “Os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE 134.297-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, Voto Min. Celso de Mello, p. 18-19).

<sup>145</sup> “Cumpra ter presente, bem por isso, a precisa lição ministrada por PAULO BONAVIDES (“Curso de Direito Constitucional”, p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), verbis: “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (...) A preocupação com a preservação do meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor de gerações futuras - tem constituído objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP... Op. cit., Voto Min. Celso de Mello, p. 19-21).

<sup>146</sup> “Na realidade, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído,

se comportaria como um *princípio-direito*, dotado em si de carga material e eficácia imediata para justificar medidas como, por exemplo, a desapropriação-sanção nos casos de inobservância à função social da propriedade<sup>147</sup>.

O julgado reconheceu, então, a possibilidade de *intervenção estatal na esfera dominial privada* para se compelir o titular à *adequada utilização dos recursos naturais e à preservação do equilíbrio ecológico*. Sanções como a desapropriação seriam, nessa perspectiva, um dos instrumentos disponíveis no ordenamento para se dar maior *efetividade* aos direitos e interesses que visa tutelar.

A hipótese de impossibilidade de desapropriação de imóvel inserido no bioma do Pantanal Mato-Grossense, por contraste ao art. 225, §4º, da Constituição, foi *descartada*, sob entendimento de que o texto maior *não proíbe* a utilização de recursos naturais nos chamados *espaços especialmente protegidos*. Observadas condições que assegurem a preservação ambiental, *na forma da lei*, seria constitucionalmente viável a realização de atividades econômicas em tais locais, inclusive *projetos de reforma agrária*<sup>148</sup>.

O *princípio da defesa da integridade do meio ambiente* foi posicionado pela Suprema Corte, então, como um elemento de *salvaguarda* do sistema, que poderia ser invocado em qualquer situação concreta para “justificar reação estatal” consistente até mesmo em medidas *restritivas* de direitos fundamentais individuais, como a *propriedade*<sup>149</sup>.

---

não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social, o reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, como o é o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, constitui uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente enfatizado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 22).

<sup>147</sup> “A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha este a constituir objeto de atividade predatória, pode justificar reação estatal veiculadora de medidas como a desapropriação-sanção que atinjam o próprio direito de propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em seu processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição claramente descumpra o princípio da função social inerente à propriedade, legitimando, desse modo, nos termos do art. 184 c/c o art. 186, II, da Carta Política, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 24).

<sup>148</sup> “É certo que o Pantanal Mato-Grossense - área em que situado o imóvel do impetrante - constitui patrimônio nacional, devendo a sua utilização fazer-se, na forma da lei - consoante prescreve o art. 225, § da Carta Política - dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, notadamente quanto ao uso dos recursos naturais, sob pena de descaracterização, para os efeitos já referidos, da função social da propriedade. Isso significa que o próprio ordenamento constitucional reconhece a possibilidade de serem desenvolvidas atividades de caráter econômico nas áreas qualificadas como integrantes do patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º). Essa norma não inibe, em consequência, inclusive para efeito de execução de projetos de reforma agrária, a utilização dos imóveis rurais situados no Pantanal Mato-Grossense, desde que sejam respeitadas as condições impostas pela lei como necessárias à preservação do meio ambiente”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 23).

<sup>149</sup> “A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha este a constituir objeto de atividade predatória, pode justificar reação estatal veiculadora de medidas como a desapropriação-sanção que atinjam o próprio direito de



### 2.3 REGIME JUSFUNDAMENTAL E INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA: LIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA DOS ESTADOS QUANTO À DISPENSA DE EIA/RIMA (ADI 1.086/SC – 10/08/2001)

O Procurador-Geral da República arguiu a inconstitucionalidade do §3º do art. 182<sup>150</sup> da Constituição do Estado de Santa Catarina, que *dispensou* a necessidade de elaboração de EIA/RIMA para empreendimentos envolvendo “áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais”, cuja exploração deveria ser objeto de disciplina no respectivo *plano de manejo sustentado*, por ofensa ao art. 225, §1º, IV, da Constituição.

Em análise do pedido de *cautelar* para *suspensão* da norma impugnada até julgamento do mérito, o colegiado, por *unanimidade* de votos, na linha proposta pelo Relator, Min. Ilmar Galvão, compreendeu existente *risco de potencial dano ambiental*, não podendo a competência legislativa dos Estados-Membros ser invocada sem que se haja alguma *peculiaridade local* apta a legitimar eventual *descompasso* frente à previsão constitucional<sup>151</sup>.

O entendimento firmado posteriormente pelo Relator, no mérito, foi no sentido de que, “pela lógica sistemática da distribuição de competência legislativa”, somente seria dado à lei federal estabelecer hipóteses de exceção à obrigação constitucional de elaboração de EIA/RIMA”, pois se trataria de tema que se inseriria “no campo de abrangência das normas gerais sobre conservação da natureza e proteção do meio ambiente, e não de normas complementares, que são da atribuição constitucional dos Estados-Membros (art. 24, inc. VI, da CF)”<sup>152</sup>.

---

propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em seu processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição claramente descumpra o princípio da função social inerente à propriedade, legitimando, desse modo, nos termos do art. 184 c/c o art. 186, II, da Carta Política, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária. Por tais razões, entendo não haver o Senhor Presidente da República praticado qualquer transgressão ao art. 225 da Carta Política quando editou o decreto ora impugnado”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22.164/SP... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 24).

<sup>150</sup> “Art. 182. Incumbe ao Estado, na forma da lei: (...) V - exigir, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudos prévios de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (...) § 3º O disposto no inciso V não se aplica as áreas florestadas ou objeto de reflorestamento para fins empresariais, devendo ser inseridas normas disciplinando sua exploração, no plano de manejo sustentado, visando a manutenção da qualidade ambiental”.

<sup>151</sup> “Por isso, em tese, a norma impõe restrição prejudicial à tutela do meio ambiente, razão pela qual contraria o sentido da norma constitucional federal que, sem qualquer exceção, fixa a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, para a instalação de obra ou atividade que seja potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. (...) Por outro lado, a competência legislativa plena dos Estados-membros (art. 24, § 3º, da CF) não é de ser invocada, quando menos porque não se compreende qual seja a peculiaridade local que se estaria atendendo com a edição de uma norma constitucional com tal conteúdo normativo. (...) Por isso, Senhor Presidente, meu voto é no sentido de deferir a medida cautelar, tal como requerida pelo eminente Procurador-Geral da República”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.086/SC. Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2001, Voto Min. Ilmar Galvão).

<sup>152</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1086... *Op. cit.*, Voto Min. Ilmar Galvão, p. 2.



Houve ainda reconhecimento do EIA/RIMA, no voto do Min. Sepúlveda Pertence, “como norma absoluta” na Constituição, circunstância que *afastaria* a possibilidade de sua excepcional dispensa no plano estadual, “ainda que, dentro de sua competência supletiva, pudesse criar formas mais rígidas de controle. Não formas mais flexíveis ou permissivas”<sup>153</sup>.

A *preocupação* registrada no encerramento do julgamento, no voto do Min. Marco Aurélio, foi quanto à “manutenção da qualidade ambiental”, o que estaria *ameaçado* em caso de manutenção da disposição constitucional catarinense<sup>154</sup>.

#### 2.4 PONDERAÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONFORME E LITERALIDADE CONSTITUCIONAL: SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (ADI 3.540 MC/DF - 01/09/2005)

A Procuradoria Geral da República questionou a possibilidade de a Medida Provisória 2.166-67 promover alterações no art. 4º, cabeça e §§1º ao 7º da Lei 4.771, de 15/09/1965 (Código Florestal<sup>155</sup>), para disciplinar hipóteses e requisitos de *supressão* de vegetação em áreas de preservação permanente, *modificando* o regime de proteção da flora nativa em violação à *reserva de lei* (em sentido *formal* e *específico*) prevista no art. 225, § 3º, III, da Constituição e, assim, colocando em *risco* o *equilíbrio ecológico*.

O pedido de *suspensão cautelar* das disposições impugnadas foi *deferido* pelo Min. Nelson Jobim, então Presidente da Corte, no período de *férias forenses*, justamente sob a perspectiva de que a competência para disciplina normativa primária do tema teria sido atribuída pela Constituição ao *Legislativo* e de que, iminente a emissão de autorizações de supressão pelos diversos órgãos do *Executivo*, deveria prevalecer o *dever de defesa e proteção* do meio ambiente para as presentes e futuras gerações<sup>156</sup>.

Distribuída a ação, após o recesso, à relatoria do Min. Celso de Mello, a pretensão foi inicialmente avaliada quanto à tese de existência de *postulado constitucional de reserva absoluta de lei* para regência de atos de *modificação* ou *supressão* em *espaços territoriais*

---

<sup>153</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1086... *Op. cit.*, *Op. cit.*, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 1.

<sup>154</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1086... *Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 1.

<sup>155</sup> Posteriormente revogado pela Lei Federal 12.651, de 25/05/2012.

<sup>156</sup> “A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, ‘caput’, da CF). Ora, a extração de minério causa danos irreparáveis e irreversíveis ao meio ambiente, eis que a área em que a atividade for desenvolvida não voltará ao seu estado anterior, presente por este motivo o ‘periculum in mora’. O ‘fumus boni iuris’ encontra-se na norma constitucional (art. 225, § 3º, III, da CF) que autoriza a supressão de área de preservação permanente somente por lei”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, Relatório Min. Celso de Mello, p. 5).

*especialmente protegidos*, destacando-se a *importância* da discussão pertinente à *proteção do meio ambiente*<sup>157</sup>.

Para o Relator, a questão posta se conectaria a uma *prerrogativa social* contemporânea, cuja relevância decorreria de seu caráter *metaindividual*, típico direito de *terceira geração*, de *subjetividade indeterminada* e inerente ao *gênero humano*<sup>158</sup>. Seu processo de afirmação e consolidação teria lastros históricos tanto na “justa preocupação” do *movimento ecológico internacional* quanto em propostas de entendimento *multinível*, *multiordem*, *multidimensional* ou *multifásico* dos temas relacionados aos direitos humanos<sup>159</sup>. Nessa leitura, *equilíbrio ecológico*, *desenvolvimento* e *paz* foram posicionados como “valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível”<sup>160</sup>.

Segundo entendimento do Min. Celso de Mello, haveria um estado de *permanente tensão* entre as premissas de *desenvolvimento nacional* e de *proteção integral do meio ambiente*, cuja harmonização se daria pelo método da *ponderação*, em cada *caso concreto*,

---

<sup>157</sup> “O exame da pretensão cautelar deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República - que veio a ser acolhida, no período de férias forenses, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão ora submetida ao referendo desta Corte - impõe algumas considerações preliminares em torno da relevantíssima questão constitucional pertinente à proteção do meio ambiente”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540 MC/DF ... Op. cit.*, Voto. Min. Celso de Mello, p. 11).

<sup>158</sup> “Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na douda lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 121/123, item n. 3.1, 13ª ed., 2005, Malheiros) - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540 MC/DF ... Op. cit.*, Voto. Min. Celso de Mello, p. 11-12).

<sup>159</sup> “Vale referir, Senhor Presidente, neste ponto, até mesmo em face da justa preocupação revelada pelos povos e pela comunidade internacional em tema de direitos humanos, que estes, em seu processo de afirmação e consolidação, comportam diversos níveis de compreensão e abordagem, que permitem distingui-los em ordens, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540 MC/DF ... Op. cit.*, Voto. Min. Celso de Mello, p. 12-13).

<sup>160</sup> Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, “Desafios: ética e política”, p. 239, 1995, Siciliano). Cumpre rememorar, bem por isso, na linha do que vem de ser afirmado, a precisa lição ministrada por PAULO BONAVIDES (“Curso de Direito Constitucional”, p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), que confere particular ênfase, dentre os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540 MC/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 13-14).

entre eventuais interesses em conflito, adotando-se por vetor interpretativo o do desenvolvimento sustentável<sup>161</sup>.

A Medida Provisória impugnada foi considerada, então, *observadora fiel* de tais premissas constitucionais, *não resultando* de suas disposições o “efeito lesivo e predatório ao patrimônio ambiental”, razão pela qual o voto do Relator foi no sentido de que o colegiado não referendasse a medida cautelar suspensiva da eficácia daquele ato executivo<sup>162</sup>.

Já o Min. Carlos Britto, *divergindo* do Relator, assim como dos Ministros Nelson Jobim e Eros Grau que o acompanharam, manifestou *preocupação* quanto à *desertificação* do país, a qual se *agravaria* diante da possibilidade de *supressão* de vegetação em áreas objeto de especial proteção - como seria o caso daquelas consideradas de preservação permanente -, ainda que sob o

---

<sup>161</sup> “Concluo meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional (CELSON ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 27/30, item n. 2, 6ª ed., 2005, Saraiva; LUÍS PAULO SIRVINSKAS, “Manual de Direito Ambiental”, p. 34, item n. 6, 2ª ed., 2003, Saraiva; MARCELO ABELHA RODRIGUES, “Elementos de Direito Ambiental - Parte Geral”, p. 170/172, item n. 4.3, 2ª ed., 2005, RT; NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO, “Proteção Jurídica do Meio Ambiente”, p. 57/64, item n. 6, 2003, Del Rey, v.g.). Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “hicet nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica, v.g.) -, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 34-36).

<sup>162</sup> “Como precedentemente assinalado neste voto, o diploma normativo em causa, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pela MP nº 2.166-67/2001, no ponto em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 37-38).

crivo dos órgãos ambientais<sup>163</sup>. Para ele, a melhor solução seria *conferir interpretação conforme*, “para deixar claro que essa autorização não significa, em nenhum modo, desnaturar o espaço e, muito menos, extirpá-lo ou extingui-lo”. Já para o Min. Nelson Jobim, que presidia a Corte, essa sugestão deveria ser deixada no acórdão como “obiter dictum”<sup>164</sup>.

Em resposta à indagação do Min. Carlos Britto quanto à *suficiência* da cláusula constitucional para a proteção do meio ambiente no caso em exame, o Min. Celso de Mello afirmou que a norma do art. 225, §1º, III, da Constituição se apresentaria como *norma proibitiva de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, de modo que haveria *limitação textual expressa* às modalidades de utilização que possam comprometer a integridade de seus atributos justificadores<sup>165</sup>.

Os argumentos complementares do Min. Celso de Mello *não convenceram*, contudo, o Min. Carlos Britto, que qualificou como *leniente e frouxa a totalidade* da Medida Provisória impugnada, cujas disposições chegariam a admitir a supressão da vegetação protetiva de nascentes e cursos d’água, o que justificaria o *referendo* da *cautelar* de *suspensão* originalmente concedida<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> “De que órgão ambiental? Do Estado. De órgão ambiental estadual, que só necessitará de anuência prévia de órgão federal ou municipal quando couber. Ou seja, entendo que a lei é excessivamente frouxa, leniente. O caráter concessivo da Medida Provisória me assusta. Tentaria, se Vossas Excelências entenderem assim, dar uma interpretação conforme. Preocupa-me muito o problema da desertificação no Brasil, porque se suprimirmos de uma área de preservação permanente, como está aqui, a própria vegetação pode ser totalmente erradicada. Pergunto: o que sobrar de dessa área de proteção especial sem a sua vegetação? Claro que não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso. Mas essa redação assim tão radical: (...) Vale dizer, o que a Medida Provisória faz é delegar aos órgãos e entidades de caráter administrativo uma discricionariedade que realmente me preocupa. Coloca-me em uma situação de perplexidade”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Carlos Britto, p. 2-3).

<sup>164</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Carlos Britto, p. 4.

<sup>165</sup> “A incidência da parte final da cláusula constante do art. 225, §1º, III, da Constituição independe de qualquer ato de intermediação normativa, quer dizer, é uma norma proibitiva de eficácia plena e de aplicabilidade direta. A cláusula vedatória em questão, tal como inscrita no texto constitucional (CF, art. 225, § 1º, III, “in fine”), tem aplicabilidade imediata: “(...) vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. O que significa, no caso, o estabelecimento de uma clara limitação constitucional ao poder daqueles que venham a executar obras ou a realizar atividades em espaços territoriais especialmente protegidos. (...) Essa cláusula de vedação neutraliza eventuais excessos que possam resultar da ação do empreendedor, uma vez satisfeitas as várias exigências de cautela e proteção que a própria Medida Provisória estabeleceu. A leitura comparativa dos diversos textos que compõem a legislação ambiental brasileira permite reconhecer que as limitações definidas no art. 4º do Código Florestal, na redação dada pela MP nº 2166-67/2001, representaram um avanço significativo no fortalecimento das medidas destinadas a preservar a integridade dos atributos que caracterizam as áreas de preservação permanente. As limitações postas no diploma normativo ora questionado definem uma típica situação de discricionariedade regrada, que restringe, por isso mesmo, no tema ora em análise, o próprio exercício, pela autoridade pública, dos seus poderes administrativos, em ordem a impedir a manipulação de sua competência, ajustando-lhe o exercício às exigências superiores ditadas pelo interesse público”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Carlos Britto, p. 5-6).

<sup>166</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Carlos Britto, p. 6-7.

Votando em seguida, o Min. Cezar Peluso se *aliou* ao voto do Relator, sob a perspectiva de que a disciplina de eventual uso das áreas de preservação permanente *independeria* de ato do Legislativo, bastando, para tanto, ato do *Executivo*, sob pena de inviabilização de uma série de projetos, atividades e obras de interesse público, as quais ficariam *à mercê* da edição de leis em sentido formal<sup>167</sup>.

A Min. Ellen Gracie também se filiou à corrente *majoritária*, compreendendo presente, naquele momento processual, perigo na demora *inverso* de inviabilização de “um grande número de iniciativas de obras importantes” em caso de manutenção da cautelar então deferida<sup>168</sup>.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, compreendeu que haveria “vício formal na normatização da matéria”, pois o tema “evidentemente deveria passar, considerado o conteúdo da medida provisória e por meio de projeto de lei, pelo crivo dos representantes do povo brasileiro – os deputados federais – e pelos representantes dos Estados – os senadores”<sup>169</sup>.

Além disso, segundo a percepção do Min. Marco Aurélio, *à exceção* do Procurador-Geral da República, *nenhum* dos representantes dos diversos interesses em disputa teria se voltado à defesa do meio ambiente, descurando-se da norma do art. 225 da Constituição que, referindo-se à lei, se remeteria ao produto formal e material da atividade reservada ao Legislativo<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> “Acho que a cláusula constitucional distingue duas situações, as quais me parecem muito claras. Na primeira oração do período, ela trata da alteração e da supressão; e, na segunda, trata do uso. Ela só impõe a exigência de lei à alteração e à supressão. Portanto, não se cuida de alteração nem de supressão decorrentes de regulamentação do uso, porque a disciplina do uso não depende de lei, mas de ato administrativo. Isso a mim me parece corresponder à racionalidade da norma, em primeiro lugar, porque, de outro modo - como os eminentes Advogados, que sustentaram da tribuna, demonstraram-, se inviabilizaria uma série de projetos, de atividades e de obras de interesse público e de caráter urgente, por dependerem de regulamentação, de autorização ou de licenciamento mediante ato do Poder Legislativo, que demanda tempo. E, em segundo lugar, acho relevante tal interpretação também do ângulo de controle dos atos administrativos, porque é mais fácil controlar a prática de um ato administrativo do que a edição de uma lei em sentido formal”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Cezar Peluso, p. 1).

<sup>168</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Ellen Gracie, p. 1.

<sup>169</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 1.

<sup>170</sup> “Incisos e parágrafos do artigo 225 remetem à lei. É sabença geral que toda vez que, na Carta, alude-se à lei, trata-se de lei no sentido formal e material; não contém o texto constitucional referência a instrumental que faça as vezes de lei, como é a própria medida provisória. Jamais o Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a regulamentação, em si, da Constituição Federal via medida provisória. (...) Não posso dizer que onde a lei fundamental exige a existência de uma lei, excepcionando algo que, para mim, salta aos olhos como salutar, que é a integridade ambiental nos mais diversos aspectos, é possível ler-se que a disciplina para a alteração, e alteração quanto à supressão de vegetação é de natureza substancial, possa ocorrer por meio de medida provisória. E o que é pior: a medida provisória não encerra, por si mesma, a alteração. Revela algo que foi rechaçado pela Carta de 1988, ou seja, ao Poder Executivo. (...) Terminando dizendo: pobre Mãe-Terra, pobres gerações presente e futuras no que se acaba por olvidar os parâmetros da Carta da República, os parâmetros voltados à preservação, tanto quanto possível, do meio ambiente, à integridade do meio ambiente, ao respeito ao meio ambiente, no que indispensável ao bem-estar do próprio homem”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC/DF ... *Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 4-7).



Último a votar, o Min. Sepúlveda Pertence compreendeu, com a *maioria*, que *não* haveria ofensa ao art. 225, §1º, III, da Constituição, pois o texto da Medida Provisória examinada, substituindo a redação “muito mais aberta” da versão original do Código Florestal, acabou elidindo o argumento de falta de urgência para a decretação<sup>171</sup>.

## 2.5 PONDERABILIDADE HERMENÊUTICA, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL INTEGRAL E LITERALIDADE CONSTITUCIONAL: PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS (ADPF 101/DF - 24/06/2009)

O Presidente da República ajuizou ADPF com vistas à *uniformização (proibitiva)* de provimentos jurisdicionais referentes à importação de pneus usados, os quais estariam sendo proferidos em violação, dentre outros, ao art. 225 da Constituição, na medida em que autorizadores do ingresso de produtos *potencialmente lesivos* ao desenvolvimento sustentável no país<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> “Sr. Presidente, também me convenceu o brilhante voto do eminente Relator. A Medida Provisória questionada não ofende - Sua Excelência diria neste mero juízo de delibação, e fico a imaginar o que será o juízo mais profundo -, o inciso III do art. 225, § 1º. E mais, Sua Excelência já o demonstrara e acaba de insistir no ponto, que muito me impressionou, de que, na verdade, estamos tratando essa Medida Provisória como se ela estivesse isolada, mas, de fato, ela veio substituir redação original do Código Florestal, muito mais aberta do que a desta Medida Provisória, o que elide também, com todas as vênias, o argumento de que lhe faltaria a urgência para a decretação”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540 MC/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 1).

<sup>172</sup> “Para o Argüente, é de fundamental importância a vedação de importação de pneus usados “para a proteção da saúde pública e preservação do meio ambiente” (fl. 25), porque: a) não existe “método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente”; b) “mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente”; c) “outros métodos já desenvolvidos, a par de não assegurarem a incolumidade do meio ambiente e da saúde, são muito custosos economicamente, prestando-se apenas a eliminar uma fração mínima desses resíduos”; d) “assim como a Comunidade Européia, o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tendo em vista o risco de danificação da sua estrutura e conseqüente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas”; e) “o acúmulo de pneus ao ar livre freqüentemente causa incêndio de grandes dimensões e de longa duração (...) liberando óleos pirolíticos no meio ambiente, gases tóxicos na atmosfera que contêm compostos químicos. (...) Requer na presente Argüição: a) o reconhecimento da existência de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da Constituição da República; b) a declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados, com efeito ‘ex tunc’, inclusive sobre as ações judiciais transitadas em julgado; c) a declaração de constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria DECEX n. 8, de 14.5.91, do Decreto n. 875, de 19.7.93, que ratificou a Convenção da Basiléia, do art. 4º da Resolução n. 23, de 12.12.96, do art. 1º da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.98, do art. 1º da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.00, do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.02, do art. 47-A do Decreto n. 3.179, de 21.9.99 e seu § 2º, incluído pelo Decreto n. 4.592, de 11.2.03, do art. 39 da Portaria SECEX n. 17, de 1º.12.03, e do art. 40 da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.04, com efeito ‘ex tunc’ (fl. 63).” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF*, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, Relatório Min. Carmen Lúcia, p. 5-7).

A discussão foi examinada pelo Plenário sob *variados* pontos de vista<sup>173</sup>, desde a tese de utilização do Brasil como “lixão” (ou destinatário de *resíduos inservíveis*<sup>174</sup>) por nações desenvolvidas, até a alegação de ganhos ambientais na hipótese de importação de pneus usados como matéria prima na cadeia de insumos do transporte rodoviário<sup>175</sup>.

O Acórdão de 278 páginas se dedicou, no capítulo intitulado “Os Preceitos Fundamentais: Direito à Saúde e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado” (p. 72 em diante), especificamente ao cotejo entre *preservação ambiental e desenvolvimento*, mediado pela ideia de *sustentabilidade*. Sua abertura (item 16) partiu da noção de *direito* enunciada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco (1991) como proposta de substrato para uma *teoria geral do processo*, consistente, em síntese, na *ordenação (coordenada e cooperativa) de interesses sociais* em eventual *disputa*<sup>176</sup>.

O voto da Min. Relatora fez alerta quanto a não ser próprio do direito o abandono da *racionalidade* na solução de litígios em prol de *emocionalismos* ou *demagogia*<sup>177</sup>. Sob esse espectro, o raciocínio acerca da validade das normas proibitivas de importação em análise deveria ter por premissa objetiva a *reprovação internacional* da conduta de destino de *resíduos* por países desenvolvidos às nações em desenvolvimento - materializada na Convenção da Basiléia, em 22/03/1989<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> “E não se pretenda seja essa questão simples, pois, de um lado, empresas defendem o direito – que, segundo elas, seria o da liberdade de iniciativa - de se utilizarem daquele resíduo para os seus desempenhos, do que advém, inclusive emprego para muitas pessoas, e, de outro, há os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente saudável em respeito até mesmo às gerações futuras”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lucia, p. 73).

<sup>174</sup> Ex: Manifestação do IBAMA: “Considera a importação de pneus usados mera transferência de um problema ambiental dos países desenvolvidos para os países menos desenvolvidos, que acarretará problemas administrativos e gerenciais desse resíduo, além de danos ambientais”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Anexo III do Acórdão – Audiência Pública, p. 165).

<sup>175</sup> Ex: Manifestação da Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus: “Com relação ao meio ambiente, destaca a economia de cinquenta e sete litros de petróleo por pneu reformado de caminhão e ônibus e dezessete litros por pneu de automóvel em relação à produção de cada pneu novo. Isso corresponde a uma economia de 500 milhões de litros de petróleo por ano”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Anexo III do Acórdão – Audiência Pública, p. 171).

<sup>176</sup> “Com o direito, busca-se o cumprimento pleno da “função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 23)”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 72).

<sup>177</sup> “Ordenar os interesses decorrentes da proibição ou da autorização da importação de pneus usados há de se dar em perfeita consonância com os princípios constitucionais adotados. E, advirta-se, na presente Arguição, há de se atentar a que a questão posta há de ser solucionada como é próprio do Direito, vale dizer, pela racional aplicação das normas vigentes, sem espaço para emocionalismo, menos ainda demagogia no trato do tema”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lucia, p. 73).

<sup>178</sup> “A preocupação ambiental mundial com a matéria aqui cuidada estampou-se, inicialmente, pela necessidade que se fez patente contra o despejo indiscriminado de resíduos tóxicos nos Países em desenvolvimento pelas grandes indústrias dos Países ricos. Com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente –

No capítulo “Do Preceito Fundamental do Meio Ambiente”, houve registro sobre a inédita preocupação do constituinte originário brasileiro em estampar a temática ambiental como alvo de disciplina (CF, art. 225), a qual teria os *princípios da responsabilidade, equidade e solidariedade intergeracional* como diretrizes hermenêuticas para a consecução do desiderato da *sustentabilidade*<sup>179</sup>.

Noções sobre meio ambiente e sua elevação a *direito fundamental de terceira geração*, enquanto nova categoria dos *direitos humanos*, foram apresentadas a partir dos pensamentos de José Afonso da Silva (*Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003), José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003), Raul Machado Horta (*Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002), Alexandre Kiss (*Os Direitos e Interesses das Gerações Futuras e o Princípio da Precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias Varella; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004) e Ingo Wolfgang Sarlet (*Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*. In *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos humanos*. Brasília: Ed. Fórum, 2008).

Foi também invocada a noção de direito à *integridade* do meio ambiente enunciada pelo Min. Celso de Mello na proposta de voto que submeteu ao Plenário em 17/11/1995, quando do julgamento do MS 22.164<sup>180</sup> (vide item 2.2), juntamente com a ementa do Acórdão da ADI

---

PNUMA, em 1989, a Conferência da Basileia, antes mencionada, buscou enfrentar o desafio de extinguir ou dar uma destinação ao tráfego de resíduos que representem ameaça ou perigo ao meio ambiente e ao homem. Como antes enfatizado, o Brasil é signatário do acordo”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lucia, p. 73). Conforme informação oficial do Ministério do Meio Ambiente: “A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, foi concluída em Basileia, Suíça, em 22 de março de 1989. Ao aderir à convenção, o governo brasileiro adotou um instrumento que considerava positivo, uma vez que estabelece mecanismos internacionais de controle desses movimentos, baseados no princípio do consentimento prévio e explícito para a importação, exportação e o trânsito de resíduos perigosos. A convenção procura coibir o tráfico ilegal e prevê a intensificação da cooperação internacional para a gestão ambientalmente adequada desses resíduos. A convenção foi internalizada na íntegra por meio do Decreto nº 875, de 19 de julho de 1993, sendo também regulamentada pela Resolução Conama nº 452, 02 de julho de 2012”. (BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/convencao-de-basileia>, acesso em 31/12/2018).

<sup>179</sup> “A Constituição da República de 1988 estampa um capítulo dedicado, pela primeira vez em nosso constitucionalismo, ao meio ambiente, ali se acolhendo o princípio da responsabilidade e da solidariedade intergeracional, ou seja, garantiu-se não apenas à geração atual, mas também às futuras, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225): “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A Constituição da República encampa dois princípios no art. 225, tido pelo Argüente como descumpridos pelas decisões judiciais, a saber: a) o desenvolvimento sustentável; e b) a equidade e responsabilidade intergeracional”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lucia, p. 74-75).

<sup>180</sup> “A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito de terceira geração. Princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente. Típico direito de terceira geração. Constitui prerrogativa

3.540, de 03/02/2006 (vide item 2.4), de mesma relatoria, na qual houve explicitação do entendimento da Corte quanto aos preceitos irradiantes do art. 225 da Constituição e, principalmente, seu alcance<sup>181</sup>.

O preceito fundante subsequente seria o da *precaução*, explicitado no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>182</sup> e de conteúdo evocativo à adoção de condutas *preventivas* nos casos em que houver *fundada dúvida científica* sobre a *possibilidade* de ocorrência de *danos*.

Para sopesar o embate entre *proteção do meio ambiente* e demais interesses inerentes à ordem econômica (art. 170 da Constituição, como preservação de empregos sob a perspectiva do fechamento de fábricas e agravamento do déficit na infraestrutura de transportes<sup>183</sup>), a Min. Carmen Lúcia indicou como *paradigma reflexivo* o que denominou “trilhas do Direito contemporâneo” a partir do pensamento de Mireille Delmas-Marty. Segundo essa leitura, a *conciliação* entre interesses de *mercado* e *direitos do homem* seria determinante para a *reorganização* ou *recomposição* da cena jurídica<sup>184</sup>. A métrica da solução, não obstante, seria

---

jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 77).

<sup>181</sup> O seguinte trecho foi grifado pela Min. Carmen Lúcia em seu voto: “A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 80).

<sup>182</sup> “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (...) Na nova ordem mundial, o que se há de adotar como política pública é o que se faça necessário para antecipar-se aos riscos de danos que se possam causar ao meio ambiente, tanto quanto ao impacto que as ações ou as omissões possam acarretar”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 81-83).

<sup>183</sup> “Sustentam, ainda, os Interessados que a proibição de importação de pneus usados acarretaria o fechamento de inúmeras fábricas de remoldagem de pneus e, por consequência, haveria desemprego, o que afrontaria o princípio constitucional que assegura “(...) a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica” e a busca do pleno emprego (inc. VIII e parágrafo único do art. 170 da Constituição da República)”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Camen Lúcia, p. 92).

<sup>184</sup> “Sobre as trilhas do Direito contemporâneo realça Mireille Delmas-Marty que “a recomposição da paisagem jurídica parece inspirada ao mesmo tempo pelo espírito do mercado e pelo espírito dos direitos do homem. (...) se é verdade que o espírito do mercado designaria ‘tudo o que, sob o nome de dinheiro, não se deixa reduzir à economia pura e simples’, ou ainda, ‘o que, no mercado, não se reduz ao campo passível de fechamento de uma

a *constitucional*, na medida em que revelaria, historicamente, os *fins políticos fundamentais* de uma sociedade brasileira livre - conforme anotação pretérita, em sede doutrinária, da própria Relatora<sup>185</sup>.

O debate passou, em seguida, à incidência ou não do *princípio da legalidade* em sentido *estricto* (*reserva de lei*) sobre a matéria (proibição de importação de pneus usados), a qual foi disciplinada pelo Executivo em atos normativos *secundários* (*portarias e resoluções*). A esse respeito, foram apresentados dados sobre as elevadas quantidades de resíduos (pneus) que seriam destinados ao Brasil anualmente, bem como sobre a insuficiência de locais adequados de tratamento (ex: aterros) no país, aspectos que *legitimariam* uma postura administrativa restritiva, cujo fundamento se extrairia *diretamente* do *texto constitucional*<sup>186</sup>.

---

teoria', concebe-se que ele vai muito mais além do direito dos negócios. E até além do direito dos bens. (...) Isto quer dizer que o espírito dos direitos do homem poderia muito bem se conjugar com o espírito do mercado para sobredeterminar o modo como se reorganiza o universo jurídico" (Por um direito comum. São Paulo: Martins Fontes, 2004, ps. 228 a 231)". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 92).

<sup>185</sup> "Equilibrar e valorar os dados e os argumentos de Argüente e Interessados deve ser efetivado e solucionado com fundamento na Constituição porque, conforme observei em outra oportunidade, ela "Traz a revelação do fim político buscado pela sociedade para aperfeiçoar os objetivos de hoje na perspectiva histórica do devir. Constituição é mais que dever ser, é também o que é feito ser e o que deverá ser. Informa e conforma o agir da sociedade agora para a proximidade histórica que com ela ou a partir dela poderá ser. Constituição foi concebida, modernamente, como ponto de chegada da luta de um povo pela liberdade de sua forma política de ser" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê editora, 1991, p. 25)". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 93).

<sup>186</sup> "Como ponderado pelo Argüente e antes anotado, tivesse a OMC acolhido a pretensão da União Europeia e o Brasil poderia se ver obrigado a receber, pela importação, pneus usados de toda a Europa, "que detém um passivo ... da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados" (fl. 24). (...) A correta destinação dos resíduos perigosos é problema que não pode ser minimizado por nós, brasileiros. Levantamento de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística realizado em 2002 demonstra que: "1.682 municípios produzem resíduos tóxicos e não têm aterro industrial. Cerca de 97% (5.398) dos municípios brasileiros não possuem aterro industrial dentro de seus limites territoriais. Uma parte importante (69%) deles declarou não produzir resíduos tóxicos em quantidade significativa, mas 30% (1.682 municípios) asseguraram que geram resíduos em quantidade significativa e não possuem aterro industrial. (...) Agora este Supremo Tribunal decide sobre a legitimidade constitucional da norma proibitiva de importação de pneus usados e sobre a necessidade de ser ela efetivada por todos, incluídos os diversos órgãos do Poder Judiciário. Talvez as próximas gerações sequer entendam o que aqui se discute hoje, pois o que num tempo é conturbado para novos tempos é apenas o óbvio. Os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado são constitucionalmente protegidos e estão a ser descumpridos por decisões que, ao garantir a importação de pneus usados ou remoldados, afronta aqueles direitos fundamentais. (...) Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil". (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lúcia, p. 100-108).



As únicas ressalvas na conclusão do voto condutor se referiram a pneus *remoldados* provenientes de países integrantes do Mercosul (por força de decisão do respectivo *Tribunal Arbitral*, cuja decisão, *desfavorável* ao Brasil, foi *respeitada* pelo STF) e às importações fruto de decisões já transitadas em julgado e não objeto de ação rescisória<sup>187</sup>.

Inaugurando *divergência*, o Min. Marco Aurélio compreendeu que a hipótese não seria autorizadora de controle jurisdicional *pela via da ADPF*, pois não estaria presente o requisito da *excepcionalidade* (caráter *residual*) na medida almejada, a qual poderia ser obtida em cada caso *individual* pelas vias processuais *ordinárias*<sup>188</sup>.

Após pedido de vista, o Min. Eros Grau apresentou voto em que *acompanhou* o resultado a que chegou a Relatora, mas sob *outro* fundamento. Para ele, o caso não deveria ser solucionado pelo método de *ponderação* entre princípios, mas sim mediante *hermenêutica constitucional integral*, a qual abarcaria inclusive princípios *não explícitos* no texto fundamental de referência<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> “Pelo exposto, encaminho voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para: • declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX n. 8, de 14.05.1991; do Decreto n. 875, de 19.7.1993, que ratificou a Convenção da Basiléia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.1998, do art. 1º, da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.2000; do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A do Decreto n. 3.179, de 21.9.1999, e seu 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos ex tunc; • declarar inconstitucionais, com efeitos ex tunc, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas. • Excluo da incidência dos efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, porque somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. As decisões transitadas em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e esgotado o seu objeto, não mais podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Argüente, que teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações. Não se incluem nesta exceção decisões com conteúdo em aberto, vale dizer, aquelas cuja parte dispositiva contenha determinação proferida de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nelas previstas. É como voto”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carmen Lucia, p. 108-110).

<sup>188</sup> “Ouvimos e temos conhecimento que muitas são as ações em andamento, chegando, inclusive, recursos ao Supremo. Mais do que isso: onde há ato do Poder Público a alcançar direito fundamental? Não posso perceber que, na alusão constante da parte final do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 a ato do Poder Público, se incluía a jurisdição, a atuação do Poder Judiciário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é um sucedâneo recursal contra decisões judiciais. Relativamente a estas, existem os remédios jurídicos previstos na legislação, podendo-se chegar aos tribunais superiores, podendo-se chegar ao órgão de cúpula do Judiciário, que é o Supremo”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 01).

<sup>189</sup> “Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na

Para o Min. Eros Grau, a *ponderação* entre princípios pressuporia *discrecionalidade*, a qual, por sua vez, conduziria a interpretação do direito ao campo da *incerteza*, e não a juízos fundados, antes, na *legalidade* e na *prudência*. Uma decisão de oportunidade do julgador refletiria uma opção entre “indiferentes jurídicos”, de índole *subjetiva* e *logicidade distinta*, adotada *casuisticamente* no instante de criação da norma jurídica para solução de um conflito *específico (norma de decisão)* <sup>190</sup>. De outro lado, num julgamento ancorado na *legalidade*, que consideraria o direito *como um todo (integridade)*, a formulação normativa seria *anterior*, de modo a se possibilitar a enunciação de uma disciplina jurídica de caráter *geral* <sup>191</sup>.

O problema da *mutabilidade*, inerente à ponderação entre “indiferentes jurídicos”, se explicitaria, na visão do Min. Eros Grau, também sob a perspectiva de que esse método *não conduziria* o julgador a uma delimitação *anterior*, a partir de uma análise *integral* do direito, do valor social predominante e, como tal, merecedor de invocação no momento de decisão em determinado caso concreto. Sua utilização simplesmente autorizaria o afastamento de um entre dois ou mais princípios *equivalentes (indiferentes)*, desde que se apresente, para tanto, ponderação *razoável* e *proporcional*, ainda que fundada na crença *individual* do juiz sobre o tema em julgamento, tudo em prejuízo da *previsibilidade*, *calculabilidade* e *racionalidade* dos comportamentos sociais <sup>192</sup>.

---

dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 03).

<sup>190</sup> “Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a *discrecionalidade* é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 04).

<sup>191</sup> “Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação. Este o aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de *discrecionalidade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade. A explicitação desses dois momentos - o das normas jurídicas gerais e o da norma de decisão - não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 04-05).

<sup>192</sup> “A ponderação consiste, segundo Riccardo Guastini, em estabelecer-se uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios em conflito. Isso implica em que se atribua a um deles uma importância ético-política maior, um peso maior do que o atribuído ao outro. Essa hierarquia - prossegue Guastini - é móvel porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o “valor” dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras. Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma dupla *discrecionalidade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma

Pelo método da *ponderação*, não seria possível chegar aos *significados (textuais)* de determinados princípios em análise, mas tão somente a uma *comparação* e à *opção (subjetiva)* do juiz por um em detrimento de outro. Nessa perspectiva, seria *impossível* o *controle* da decisão, na medida em que “a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito jurídico”<sup>193</sup>. Segundo o pensamento do Min. Eros Grau, a *ponderação* entre princípios de direito lhes retiraria o “caráter de norma jurídica”, na medida em que apenas *valores* comportariam ponderação entre si<sup>194</sup>.

Como não haveria, no sistema jurídico, norte seguro para orientar a decisão quanto a qual princípio privilegiar, a técnica da ponderação seria praticada “à margem do sistema”, *subjetiva* e “perigosamente”, “a partir das pré-concepções de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias”. O alerta consistiu, em suma, no destaque da importância de adoção *consciente* e explicitação, pelo julgador, de sua “posição jurídico-teórica” quando do enfrentamento de casos que resultem na escolha de um dentre *plurais* valores sociais igualmente passíveis de prestígio<sup>195</sup>.

---

hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver”. “Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 05 e 08).

<sup>193</sup> “Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva* entre *indiferentes jurídicos*. Dizer *juízo não de legalidade* é dizer *juízo de valor* que *exclui a legalidade*. Excluindo-a, os juízos de ponderação entre princípios não decorrem da *interpretação* de textos integrados no âmbito da legalidade, a partir do que se vê inicialmente que a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito do jurídico, é subjetiva; após, que a opção por um deles é escolha entre *indiferentes jurídicos*, procedida uma vez mais subjetivamente, pelo juiz. *Discricionária*, pois, no sentido acima indicado”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 06).

<sup>194</sup> “Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como norma jurídica. Curiosamente, os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como valores. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas...”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 07).

<sup>195</sup> “Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistir, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vôo cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 07).

A partir do pensamento de Habermas e Carl Schmitt, o Min. Eros Grau destacou o risco de aumento da *irracionalidade* e prevalência de argumentos *funcionalistas*, em detrimento da *normatividade*, mediante utilização da “teoria da ordem de valores” pela Corte Constitucional. A crítica, e nítida preocupação, foi direcionada à submissão da sociedade ao que denominou *tiranía dos juristas* (“em especial dos juizes”), consistente na imposição discricionária de valores individuais quando da operação entre princípios no ato de julgamento<sup>196</sup>.

Recorrendo ao pensamento de Nicos Poulantzas para contornar o argumento a favor da vocação dos princípios para permitir que o sistema jurídico seja permeado até mesmo por notas de *irracionalidade*, as quais, *flexibilizando-o*, o *equilibrariam* e *harmonizariam*, preservando, assim, seu *dinamismo*, o Min. Eros Grau defendeu que a solução do conflito (*antinomia*) entre princípios se fundaria na própria *infraestrutura social*, “no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da práxis”<sup>197</sup> - raciocínio que *não seria* alcançado, em tal amplitude, pelo método da *ponderação*.

O Min. Joaquim Barbosa, aderindo à *maioria*, conduziu seu voto sob a perspectiva de que “qualquer espécie ponderação de princípios não pode resultar em consequência perniciosa severamente maior do que o evento lesivo que se está a controlar”. Para ele, a destinação de

---

<sup>196</sup> “Pois é precisamente essa racionalidade que parece sempre que juizes operam a ponderação entre princípios. Daí a aguda observação de Habermas: enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos. Impossível não recorrer, a esta altura, a um texto de Carl Schmitt, La tiranía de los valores, no qual recolho a seguinte indagação: quem estabelece os valores? Ora, os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validade. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. (...) A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas em especial os juizes --- quando operam a ponderação entre princípios --- fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Eros Grau, p. 08-09).

<sup>197</sup> “Dir-se-á que, não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema, é à custa dessa e de outras transgressões, disso estou bem consciente, que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao seu equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social. Por isso mesmo conviria revisitarmos o foi dito a respeito da oposição entre princípios, há mais de quarenta anos, por Nicos Poulantzas: o que aparece como uma “antinomia” essencial, absoluta e irredutível ao nível do direito constitui em geral, ao nível da infra-estrutura, uma contradição dialética no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da práxis; o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infra-estrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infra-estrutura; infelizmente a doutrina esqueceu as lições de Poulantzas, para quem a ordem jurídica não compõe um sistema, é uma estrutura no interior de outra estrutura mais ampla; um todo significativo pleno de contradições, que a lógica formal não consegue explicar, mas constitui uma totalidade de sentido, uma coerência interna de significação; a infra-estrutura é o fundamento da estruturação interna do direito. O plano do dever ser é um espelho, um reflexo do plano do ser. Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos e sempre na sua totalidade, mas, além deles, a realidade. A “moldura da norma” (Kelsen) não é da norma, porém dos textos e da realidade. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da Constituição formal, todo ele, e da constituição real, hegelianamente considerada. Acompanho a Relatora, ressaltando, no entanto, meu entendimento no que concerne à fundamentação do seu voto”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto, Min. Eros Grau, p. 09-11).

produtos inservíveis ao Brasil representaria *fundado risco*, de modo que se justificariam as medidas executivas restritivas à importação – ainda que com potenciais reflexos a direitos de concorrência de parte interessadas ou diretamente afetadas.

Já o Min. Carlos Britto, apesar de não divergir da proposta da Relatora, se apoiou na *literalidade* do texto constitucional e na *justiça material (não filosófica)*, a qual estaria *positivada* desde o seu *preâmbulo* como *valor*, para sanar eventuais divergências teóricas de fundo sobre o caso em julgamento. A proteção do meio ambiente seria, nessa visão, uma categoria *jurídico-positiva*, permissiva tão somente de uma *subjetividade mínima*, a qual não teria, contudo, o condão de afastar princípios como o da *precaução*, os quais seriam dotados de “conteúdo mínimo significativo para acima e qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável”<sup>198</sup>.

Também aderindo à *maioria*, a Min. Ellen Gracie afirmou a *compatibilidade constitucional* das medidas restritivas à importação adotadas pelo Executivo, destacando “o colossal problema sanitário-ambiental hoje enfrentado pelo Brasil”, o qual teria motivado, “na implementação de políticas públicas de defesa a direitos de terceira geração insculpidos na Constituição Federal, a gênese das normas ora contestadas”<sup>199</sup>.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, julgou *improcedente* a ação à luz dos potenciais benefícios da *recauchutagem* para a regulação mercadológica e do princípio da legalidade

---

<sup>198</sup> “Digo um pouco mais, Senhor Presidente: a Constituição brasileira, que abriu um capítulo próprio para o meio ambiente, não é constituída de palavras ocas, de palavras vazias. A proteção do meio ambiente como bem de uso comum do povo e direito de todos se inscreve imediatamente num contexto de preservação da saúde pública, de uma vida saudável, daí por que está dito no art. 225, literalmente, que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)”. Ou seja, uma vida caracterizada pela salubridade, pela higiene; uma vida saudável. O que é sadio, evidentemente, é o que é bom para a saúde. (...) Ainda nesse contexto, é preciso lembrar que o meio ambiente se tornou tão importante para os ordenamentos jurídicos, matéria de preocupação invariável de todos os ordenamentos jurídicos, que ganhou a dimensão de tema planetário. Se há alguns temas planetários, certamente podemos falar da democracia, da ética, de todas as quebras de preconceitos e da preservação de meio ambiente. O meio ambiente passou de fato a se inserir nas preocupações do mundo, como condição de sustentabilidade do planeta, a se impor à própria liberdade de comércio. (...) Há princípios constitucionais em jogo e o fato é que determinados princípios, como esse da precaução, têm um conteúdo mínimo significativo para acima de qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável. E aplicar esses mínimos dos princípios é reconhecer a eles o que Konrad Hesse chama de força ativa. Os princípios são normas também, não apenas os preceitos. Claro que eles têm um certo conteúdo histórico-cultural e carregam na sua interpretação elementos de subjetividade, mas vamos chamar de “subjetiva mínima”, que não nos impede de transitar por esse fio de navalha que é o nosso permanente desafio de homenagear a segurança jurídica, sem deixar de realizar a justiça material. Sabido que a justiça material não se confina à filosofia; é uma categoria de direito positivo e na Constituição está expressamente grafada no preâmbulo da nossa Carta. Tanto a segurança como a justiça estão ali expressamente qualificadas, as duas: justiça – e aí a justiça como valor - e segurança como valores supremos. Diz a Constituição – e esse adjetivo “supremos”, valores supremos de uma sociedade –: “(...) de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Exatamente no âmbito do constitucionalismo fraternal, que é o constitucionalismo altruísta de que falam os italianos, é que se põe a preservação do meio ambiente como categoria jurídico-positiva. Com essas breves palavras, Senhor Presidente, acompanho a eminente Relatora”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Carlos Britto, p. 01-03).

<sup>199</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Ellen Gracie, p. 02.



*estrita (reserva de lei)*, o qual, integrante do rol de *direitos fundamentais* (art. 5º) e fundante tanto da ordem *econômica* (art. 170, § único) quanto da *ambiental* (art. 225, IV), *fulminaria* de *validade* os atos administrativos proibitivos de importação de pneus usados<sup>200</sup>.

Já para o Min. Gilmar Mendes, os atos executivos impugnados gozariam de *constitucionalidade* devido ao dever que recairia ao Estado de adoção de medidas não só de *abstenção*, mas também de *intervenção* para *realização* ou *concretização* de *direitos fundamentais*<sup>201</sup>. O agir da administração seria legitimado, em última análise, pelas atribuições do “Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada” enunciado por José Joaquim Gomes Canotilho, o qual, afirmando um dever geral de *prevenção*, “explicita horizontes de releitura e competição de perspectivas individualistas, publicistas, associativas e globalistas de consideração do meio ambiente de forma concorrente”.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> “Para mim, Presidente, no campo fático, é um ledô engano. Ledô engano porque haverá - a menos que voltemos à época das cavernas, à roda de madeira -, de qualquer forma, a produção de pneus pelas multinacionais no território nacional, afastada até mesmo uma concorrência que, a meu ver, é salutar no que a recauchutagem acaba por implicar a colocação de produtos no mercado que são mais acessíveis especialmente aos menos afortunados. Mas, Presidente, tenho que no caso não cabe concluir, considerada a importação, a liberdade de mercado - e acredito muito na liberdade de mercado -, pelo descumprimento de preceito fundamental. E por que não cabe? Porque ainda está em vigor, no Brasil, um princípio que é muito caro às sociedades que se digam democráticas - o princípio da legalidade, segundo o qual “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. É jurisprudência reiterada que, toda vez que a Carta se refere a lei, refere-se a diploma no sentido material e formal; a lei emanada do Poder Legislativo, levando-se em conta até mesmo o princípio da separação de poderes. Senhor Presidente, se formos ao título “Da Ordem Econômica e Financeira”, veremos que há de ser observado, sempre, um princípio: o da livre concorrência. O parágrafo único do artigo 170 preceitua que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Não conheço diploma com essa envergadura, passível de ser enquadrado como lei, que proíba a importação das carcaças que são transformadas no Brasil - e as fábricas eram pelo menos inúmeras - em pneus a serem utilizados e a serem colocados por um preço, como disse, mais acessível do que o normalmente cobrado pelas produtoras de pneus novos. Inexiste lei que, no caso, proíba a livre concorrência - que parece muito temida pelos fabricantes de pneus. (...) Na parte alusiva ao meio ambiente, volta-se à remessa a lei no que são lançados parâmetros objetivando preservar o meio ambiente e salvar - como disse, e parece que, encerrado este julgamento, estará salva - a Mãe Terra. O inciso IV do artigo 225 preceitua ser possível ao Poder Público: “(...) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará prioridade (...)”. E o § 2º desse artigo revela que: “(...) § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. (...)”. Presidente, não posso desconhecer essas premissas, não posso desconhecer, principalmente, o princípio da legalidade e arvorar-me aqui, em Congresso Nacional, editando a lei reclamada pela Carta da República para que realmente alguém seja tido como proibido de importar um certo produto destinado à utilidade, ao uso do povo brasileiro. Peço vênica à relatora para julgar improcedente o pedido formulado”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 01-04).

<sup>201</sup> “A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta no dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra agressão ensejada por atos de terceiros. (...) Assim, ainda que não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 10-11).

<sup>202</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 13.

A proibição de importação de pneus usados estaria em consonância com o princípio da *responsabilidade*, o qual serviria de contraponto à “*utopia do progresso científico*” ou ao “princípio *esperança*”, (...) *não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica*”<sup>203</sup>. Segundo o Min. Gilmar Medes, ambos os princípios (*esperança* e *responsabilidade*) teriam sido incorporados à Constituição de 1988, devendo ser, portanto, conjugados ao princípio do desenvolvimento sustentável e harmonizados aos demais preceitos regentes da ordem econômica<sup>204</sup>.

## 2.6 PONDERAÇÃO, DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: PROIBIÇÃO DA VAQUEJADA (ADI 4.983/CE - 06/10/2016)

Antiga prática cultural no Nordeste e em outras regiões brasileiras, a *vaquejada*, tal como disciplinada pela Lei do Estado do Ceará 15.299, de 08/01/2013, teve sua constitucionalidade desafiada em ADI proposta pelo Procurador-Geral da República, sob argumento de contrariedade aos preceitos de *proteção do meio ambiente* previstos no art. 225 da Constituição, em especial o §1, VII, que *proíbe a crueldade contra animais*.

Partindo da premissa de que *lesões traumáticas* aos animais resultariam daquilo que com eles se faz na prática da vaquejada, a inicial da ação invocou a técnica de *ponderação*, nela referida como *corriqueira* na jurisprudência do STF, para a solução do conflito constitucional verificado entre proteção do meio ambiente (art. 225) e “direito às manifestações culturais enquanto expressão maior da pluralidade” (art. 215<sup>205</sup>), postulando, ao final, a *invalidade* da lei impugnada<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 16-17.

<sup>204</sup> “Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do Professor Peter Häberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o “princípio-responsabilidade” (Hans Jonas) como o “princípio-esperança” (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio* (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7). Essa ideia do princípio-responsabilidade, por vezes, pode ser compreendida nos termos do princípio do desenvolvimento sustentável, reafirmado no julgamento da ADI 3.540-MC (rel. Celso de Mello, DJ 03.02.2006), em que se asseverou que a preservação do meio ambiente encontra um regime de proteção especial na Constituição, decorrente da própria relevância do bem jurídico protegido, consagrado no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que deve ser harmonizado com os princípios da ordem econômica”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF ... Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 17).

<sup>205</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional”.

<sup>206</sup> “Sustenta o conflito entre normas constitucionais – aquela que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215. Afirmo ser necessário

O acórdão de 150 páginas, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, foi iniciado pelo registro de que a *proteção da fauna* teria sido consagrada como *meio* para preservação do *equilíbrio ecológico*, enquanto *direito de terceira geração*, fundado no valor de *solidariedade*. Em seguida, argumentou-se que o comportamento decisório do STF, quando instado a decidir entre interesses *individuais* e *coletivos*, viria sendo em favor estes *últimos*. Assim, compreendendo “inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada”, inclinou-se o Relator pela *inconstitucionalidade* da lei cearense<sup>207</sup>.

---

dar maior peso, na espécie, à preservação do meio ambiente. Consoante articula, a lei impugnada não encontra respaldo no Texto Maior, violando o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta. Discorre sobre a vaquejada, apontando ser prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada. Destaca o caráter histórico da atividade, ligada à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, e a transformação, com o tempo, em espetáculo esportivo altamente lucrativo, movimentando “cerca de R\$ 14 milhões por ano. Ressalta que, diferentemente do que acontecia no passado, os bovinos são hoje enclausurados, açoitados e instigados. Segundo aduz, isso faz com que o boi corra “quando aberto o portão”, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros competidores, até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado. Indica laudo técnico, conclusivo, subscrito pela Doutora Irvênia Luíza de Santis Prada, a demonstrar a presença de lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com consequente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental. Reporta-se a estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, revelador de lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica. Afirma, ante os dados empíricos, implicar a vaquejada tratamento cruel e desumano às espécies animais envolvidas. Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos. Cita precedentes – relacionados à “briga de galos”: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, relator ministro Celso de Mello, julgada em 26 de maio de 2011, e nº 2.514/SC, relator ministro Eros Grau, apreciada em 29 de junho de 2005; ligado à “farra do boi”: Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, relator ministro Francisco Rezek, acórdão por mim redigido, apreciado em 3 de junho de 1997”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Relatório Min. Marco Aurélio, p. 2-3).

<sup>207</sup> “O artigo 225 da Carta Federal consagra a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523). Como direito de todos, a manutenção do ecossistema também a esses incumbe, em benefício das gerações do presente e do futuro. O indivíduo é considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção, daí por que encerra verdadeiro “direito-dever” fundamental (CRUZ, Branca Martins da. Importância da Constitucionalização do Direito ao Ambiente. In: BONAVIDES, Paulo, *et all* (Orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 202). (...) No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.284, de minha relatoria, relativo à criação da “Reserva Extrativista Verde para Sempre”, depois de afirmar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,” o qual impõe “ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, aponte que, considerado o disposto no artigo 225, “conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último”. O comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo. (...) Cabe indagar se esse padrão decisório configura o rumo interpretativo adequado a nortear a solução da controvérsia constante deste processo. A resposta é desenganadamente afirmativa, ante o inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos durante a vaquejada. (...) A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior

Já o Min. Edson Fachin encarou o conflito sob a perspectiva de que *não haveria certeza inequívoca* de que os animais se submeteriam a situações cruéis *em todos os casos*, não vislumbrando, conseqüentemente, *similitude* frente aos precedentes da Corte referidos pelo Min. Marco Aurélio, como as *brigas de galo* e a *farra do boi*. Compreendeu, assim, que a lei impugnada *não seria* incompatível com a Constituição, na medida em que voltada precisamente à disciplina, de um lado, de *prática cultural consagrada* e, de outro, do *dever de impedimento de crueldade contra animais*<sup>208</sup>.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, polemizou no sentido de que, se for levado a “ferro e fogo” o preceito constitucional que trata, simultaneamente, da proteção do meio ambiente compreendido como *fauna e flora*, a vida se tornará *aborrecida* ou *entediada*, criando-se um cenário que seria *incompatível* com a ideia de *pluralismo* e de *autocontenção* moderada exigida da jurisdição<sup>209</sup>. Aliando-se à divergência inaugurada pelo Min. Edson Fachin, votou pela *improcedência* da ação, dando prevalência à compreensão da Constituição como *cultura* proposta

---

alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para declarar inconstitucional a Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. É como voto”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Marco Aurélio, p. 2-3).

<sup>208</sup> “Não obstante alguns publicados, há disposição desses trabalhos na internet, mas não há, junto com a inicial, nenhuma demonstração que, no nosso modo de ver, restasse cabal para aproximar essa matéria do caso da farra do boi ou da rinha de galos. No nosso modo de ver, há uma distinção entre essas três hipóteses, e, no acórdão para o qual foi Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, que tratou da chamada festa da farra do boi, ficou assente, pela prova coletada e trazida ao exame, a existência de crueldade com os animais. E não me parece que, neste caso, tenha havido. Portanto, permitam apenas indicar, então, num breve parágrafo que sintetiza o nosso modo de ver: O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar o olhar e alcançar essa outra realidade. Sendo a vaquejada manifestação cultural, como aliás está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país. Ao contrário, tal atividade constitui-se modo de criar, fazer e viver da população sertaneja. Eu estou citando essa expressão criar, fazer e viver, que se encontram nos exatos termos do inciso II, do art. 216 da Constituição Federal. Por essas razões e pela distinção que indico aqui nessa proposição de voto entre a chamada farra da festa do boi e a rinha de galos, estou, com a devida vênica do eminente Relator, Senhor Presidente e ilustre Pares, propondo julgamento improcedente do pedido contido na presente”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Edson Fachin, p. 2-3).

<sup>209</sup> “Medidas que suscitam a ideia de um dever de proteção que compete ao Poder Público em geral no zelo que se deve ter para com o meio ambiente, a fauna, a flora, os animais, em suma. Então, a mim, parece-me que, se levarmos todas essas questões a ferro e fogo, certamente teremos que dizer que o animal não está no estado natural, por exemplo, quando participa ou quando é obrigado a participar destas situações: a Festa do Peão, em Barretos; a corrida de cavalos. Em suma, a vida vai ficar muito aborrecida, quer dizer, vai ficar muito chata. (...) Nós sabemos também que, nesse âmbito, talvez não fossem condizentes com determinados parâmetros que consideramos dignos do nosso processo civilizatório. Mas a própria ideia de pluralismo exige que atuemos, aqui, com um self restraint, com algum tipo de moderação. A mim, preocupa-me bastante que nós, a partir de referenciais um tanto quanto abstratos, comecemos a tentar quebrar práticas que remontam a tempos às vezes imemoriais”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 1-2).



por Peter Häberle<sup>210</sup> para resolver o impasse frente aos preceitos de proteção do meio ambiente invocados, uma vez que a vaquejada *não teria* a lesão dos animais como *regra*<sup>211</sup>.

Após pedido de vista motivado, dentre outros elementos, pela percepção de que o caso não versaria sobre “questão de escolha” ou “ponderação em abstrato”, mas a respeito de um “fato da vida”, o Min. Luís Roberto Barroso apresentou voto pela *procedência* da ação, assentando a discussão: num primeiro plano, quanto às *potenciais lesões* aos animais - as quais *legitimariam* invocação até mesmo do *princípio da precaução* para *impedimento* da prática da vaquejada<sup>212</sup>; e, num segundo plano, no atributo da *senciência* – o qual conferiria aos animais não-humanos *individualidade* e *dignidade* (direitos *morais*) igualmente legitimadoras de invocação da tutela constitucional.

Para o Min. Barroso, o debate relacionado à proteção contra práticas cruéis já *não encontraria* fundamento na *proteção do meio ambiente*, sob a perspectiva da preservação da *função ecológica das espécies*. Haveria um valor *autônomo, anterior*, que conduziria ao reconhecimento de cada animal como *indivíduo*, em função da capacidade de sentir *dor, prazer* ou mesmo *afeto*. Isso conferiria aos animais não-humanos *dignidade* suficiente para que sejam alvo de *mandatória* tutela não somente pelo Estado investido de jurisdição, mas por toda sociedade<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> “Em suma, então temos que agir como uma certa moderação sob pena de estimularmos, inclusive em casos desse tipo de reação e de prática cultural, a clandestinidade. O que se está buscando aqui é exatamente a regulação adequada. E a atuação do Ministério Público, ao meu ver, tal como já foi sustentado, deveria ser no sentido de contribuir para o aprimoramento de forma conforme e condizente com os ditames modernos de proteção ao meio ambiente, à fauna, à flora, etc. De modo que, assim, também vou pedir vênias, Presidente, ao Ministro Marco Aurélio, mas a mim, parece-me que é iluminada, neste momento - sem dizer que seja obscuro o voto de Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio -, a manifestação do Ministro Fachin porque ela traz aspectos importantes que me lembram o meu mestre, Professor Peter Häberle, a propósito de Constituição como cultura. E foca um outro aspecto importante: o artigo 215”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 2).

<sup>211</sup> “E volto a dizer: se, é claro, não se tem garantia de que não haverá lesão ao animal, embora a lesão não seja a regra, diferentemente do que acontece com a farra do boi em que se sabe que, de início, o propósito é matar o animal, ou mesmo desse espetáculo da rinha de galo, aqui, o propósito parece ser de alcance desportivo em sentido amplo. A mim me parece, então, que essa deveria ser a solução, tal como preconizado pelo Ministro Fachin, a quem saúdo pelo belíssimo voto”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 3).

<sup>212</sup> “A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 23).

<sup>213</sup> “Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial:



O Min. Luis Roberto Barroso também destacou o caráter *antropocêntrico moderado* da opção constitucional enunciada no art. 225, na medida em que seus parágrafos e incisos, se referindo à *fauna e flora*, conteria evidências de uma visão *biocêntrica* da proteção do meio ambiente, além de avanços no campo da *ética animal*<sup>214</sup>.

O método expressamente referido no voto do Min. Barroso para solução do problema das normas constitucionais em colisão foi o do *sopesamento*, com referência à “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy<sup>215</sup>, o qual resultaria em um *enunciado de preferência condicionada* quanto à incompatibilidade entre “manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade” e a Constituição (art. 225, § 1º, VII), “quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada”<sup>216</sup>.

Nesse contexto, para o Min. Barroso, além de convicção pessoal quanto à *lesividade inerente* à prática da vaquejada<sup>217</sup>, haveria equivalentes razões de ordem *psicológica e moral* para aplicação do mesmo arcabouço protetivo dos animais *humanos* aos *não-humanos*, pois ambos teriam em *comum* o atributo da *senciência* e o interesse *mínimo* de *não submissão a práticas cruéis*<sup>218</sup>.

---

o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 31)

<sup>214</sup> “Embora a norma constitucional presente no art. 225, caput, tenha feição nitidamente antropocêntrica, a Constituição a equilibra com o biocentrismo por meio de seus parágrafos e incisos. É por essa razão que é possível afirmar que o constituinte não endossou um antropocentrismo radical, mas sim optou por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas. Além disso, o fato de a Constituição Federal de 1988 ser a primeira entre as constituições brasileiras a se importar com a proteção da fauna e da flora é bastante representativo dessa opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte. A Constituição também avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a vedar expressamente a crueldade contra eles”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 17).

<sup>215</sup> “Como afirma Robert Alexy, “de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas [geradas pelo sopesamento] decorrem regras, que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalecente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais”. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 22)

<sup>216</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 22.

<sup>217</sup> “Presidente, antes de elaborar o meu voto, assisti a algumas dezenas de vídeos, todos à disposição de quem quiser entrar na internet. Em todos, não tive nenhuma dúvida de que há lesão ao animal e prática de crueldade, independentemente do que se escreva no papel. Estou falando da vida real, do que os olhos veem e o coração sente, basta ver o filme”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Observação constante ao final do voto do Min. Luis Roberto Barroso).

<sup>218</sup> “E não é difícil encontrar motivação psicológica e justificação moral para fazê-lo. Basta ter em conta que a condição humana com eles compartilha a sentiência, a capacidade de sofrer, de sentir dor e, portanto, o interesse legítimo de não receber tratamento cruel. Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem-estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luis Roberto Barroso, p. 32).

Já o Min. Teori Zavascki, apesar de ter feito registro inicial quanto a seu “verdadeiro horror por tratamentos cruéis a animais e pessoas”, lembrando-se de ocasiões em que ocasionalmente assistira touradas pela televisão na Espanha e também “o caso dessas lutas MMA ou lutas de boxe”<sup>219</sup>, compreendeu que a Corte não deveria se pôr a julgar “a constitucionalidade da vaquejada em si mesma”, uma vez que, conforme *especialistas* ouvidos, se verificariam tanto casos em que *há* quanto aqueles em que *não há* crueldade. A discussão deveria se dar, portanto, sob o prisma do princípio da *legalidade*, voltando-se à análise de constitucionalidade da lei cearense concretamente impugnada no que se refere à *regulamentação* consagrada à vaquejada enquanto atividade *desportiva e cultural*<sup>220</sup>.

Em aparte, o Min. Luís Roberto Barroso esclareceu que, a seu ver, “não é possível uma vaquejada não cruel”<sup>221</sup>. Seria esse o ponto de desacordo conceitual (teórico) prévio que pontuaria a divergência.

O Min. Gilmar Mendes comentou, então, que talvez a discussão devesse ser aprofundada e abranger também, por exemplo, o caso das *corridas de cavalo*, nas quais também ocorrem por vezes lesões aos animais, além de submissão a atividades que não adviriam de *circunstâncias naturais*<sup>222</sup>.

Em resposta, o Min. Barroso diferenciou as hipóteses sob a premissa de que, no caso das corridas de cavalo, lesões aos animais não seriam a *regra*, ao passo em que seriam *inerentes* à vaquejada. Isso justificaria o *repúdio* da Corte a condutas que, mesmo se remetendo a tempos *imemoriais*, se mostrariam incompatíveis com o *atual patamar civilizatório*<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 1.

<sup>220</sup> “Senhor Presidente, para completar e resumir, eu penso que se deve distinguir a constitucionalidade da vaquejada como prática cruel, e a constitucionalidade desta lei. Eu não vejo inconstitucionalidade nesta lei na forma como ela está colocada. Por isso eu vou pedir vênias para acompanhar a divergência”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 6).

<sup>221</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p.3.

<sup>222</sup> “O curioso aqui é que talvez devêssemos aprofundar essa análise, por exemplo, para corrida de cavalo, porque ali, de vez em quando, temos a quebra de perna do próprio animal, além de ele ter sido treinado e adestrado para essa finalidade. O cavalo não nasceu necessariamente para correr. Então, temos de ampliar esse universo. A mim, me parece até preconceituosa, discriminatória essa abordagem”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 5).

<sup>223</sup> “Eu gostaria de dizer que, na corrida de cavalo, a grande distinção é a seguinte: há atividades em que o risco e a crueldade são inerentes e atividades em que o risco e a crueldade são contingentes. O cavalo que participa da corrida de cavalo é um puro-sangue inglês condicionado fisicamente e alimentado para aquela atividade da qual geralmente ele escapa ileso, ao passo que, na vaquejada, a crueldade contra o boi é inerente à atividade. Eu aqui peço todas as vênias ao Ministro Teori Zavascki, por quem tenho carinhosa e elevada admiração, como todos sabem, mas vaquejada é um conceito, portanto já está implícito o que acontece: o touro é torcido pelo rabo e derrubado no chão. Senão, se nós utilizarmos futebol e qualificarmos futebol como alguma coisa diferente de ter que colocar uma bola dentro do gol, bom, tudo bem, mas vaquejada é um conceito que tem um significado. E o processo civilizatório nos impõe nos opormos historicamente a práticas, ainda que imemoriais, quando elas

Comungando do mesmo pensamento, a Min. Rosa Weber acompanhou a corrente iniciada no voto do Relator, Min. Marco Aurélio. Para ela, “o atual estágio evolutivo da humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana”, razão pela qual compreendeu que se faria premente o acolhimento “da dimensão ecológica ao Estado de Direito”, o qual teria incorporado um novo modelo na pós-modernidade, o do “Estado Socioambiental de Direito”<sup>224</sup>.

Segundo a Min. Rosa Weber, afirmar que a vaquejada não mais se sustentaria como prática cultural aceitável nos dias atuais *não implicaria* esvaziamento da cultura regional, na medida em que *outras formas* de expressão existentes, como *música, dança e culinária*, seriam suficientes para preservar o *núcleo mínimo* do direito fundamental ao patrimônio cultural previsto no art. 215 da Constituição<sup>225</sup>.

O Min. Luiz Fux, por sua vez, iniciou seu voto pelo alerta de que o uso da *ponderação* como método de solução para os casos de colisão entre princípios é típico da função *legislativa*, impondo-se, conseqüentemente, *deferência* pelo Judiciário à *opção valorativa* feita na lei cearense em exame<sup>226</sup>. Reportando-se a um artigo intitulado “Como o boi vira filé”<sup>227</sup>, narrou o que acontece desde o nascimento até o instante do abate do animal no processo tradicional da indústria de alimentos. E como *não haveria* proibição constitucional desse “meio mais cruel de tratamento do animal”, o qual

---

sejam erradas”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 5)

<sup>224</sup> “O atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, com pertinente citação, em suas reflexões, de Arne Naess que reproduz: “O florescimento da vida humana e não humana na Terra tem valor intrínseco. O valor das formas de vida não humanas independe da sua utilidade para os estreitos propósitos humanos.” A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Rosa Weber, p. 7)

<sup>225</sup> “Conferir legitimidade à lei do Estado do Ceará, em nome de um hábito que não mais se sustenta frente aos avanços da humanidade, é ferir a Constituição Federal. Ademais, rechaçar a vaquejada não implica suprimir a cultura da região que possui tantas formas de expressão importantes e legítimas identificadas na dança, na música, na culinária, ou seja, o núcleo essencial da norma inserta no artigo 215 da Constituição permanece incólume”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Rosa Weber, p. 8).

<sup>226</sup> “Eu anotei, para repetir exatamente as precauções adotadas pelo legislador estadual. Ora, se nós temos uma colisão de princípios, de duas uma: ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, no meu modo de ver, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, porque o legislador avaliou todas as condições dessa prática desportiva - porque é considerada uma competição - e verificou que, com esses cuidados, é possível a realização da vaquejada. Então, no meu modo de ver, a exclusão da crueldade a que se refere a Constituição está exatamente na ponderação que fez o legislador, muito embora eu compreenda que essa competição implica em puxar o rabo do boi e colocá-lo de quatro”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luiz Fux, p. 1-2).

<sup>227</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Luiz Fux, p. 2.

seria inclusive *assegurado* como direito social fundamental, não seria possível considerar *inválida* lei estadual destinada precisamente a *regulamentar* a vaquejada, de modo a *evitar* a ocorrência de crueldade em sua prática<sup>228</sup>.

Antecipando seu voto, o Min. Celso de Mello compreendeu que a “preservação da integridade do meio ambiente”, revelando conceito de *amplo e abrangente espectro*, colocaria sob salvaguarda jurídica “todas as formas de vida, não só a vida do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais”<sup>229</sup>. Para ele, o equilíbrio ecológico, enquanto “uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas” e qualificada por um caráter *metaindividual*<sup>230</sup>, deveria ser invocado no caso para se *neutralizar* o substancial *conflito intergeracional* emergente de uma manifestação cultural na qual se vislumbraria submissão de animais a atos cruéis<sup>231</sup>.

Para o Decano da Corte, a lei cearense impugnada estaria “em situação de conflito ostensivo” frente à norma do art. 225, §1º, VII, da Constituição, de modo que seria uma “patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais”, a tentativa de albergá-la como atividade *desportiva, prática cultural* ou *expressão folclórica*<sup>232</sup>. Seria *repugnante*, frente ao *atual momento civilizacional*, qualificar como *cultural* uma atividade que implicaria *sofrimento* a animais para mero *entretenimento humano*<sup>233</sup>.

---

<sup>228</sup> “De sorte, Senhor Presidente, que, diante desses votos brilhantes que antecederam a minha intervenção, vou fazer uma opção por aqueles que propugnaram pela possibilidade de exploração dessa atividade cultural, com essas ponderações legislativas que afastam a crueldade da vaquejada, levando-se ainda em consideração que, com toda essa humanização, não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E isso é contemplado constitucionalmente como direito social. Por todos esses fundamentos, Senhor Presidente, pedindo vênias àqueles que votaram contrariamente, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Luiz Fux, p. 3-4).

<sup>229</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 2.

<sup>230</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 3. “Na realidade, Senhor Presidente, o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 6).

<sup>231</sup> “O ordenamento constitucional brasileiro, para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando, com tais objetivos, neutralizar o surgimento de conflitos intergeracionais, impôs, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, ainda, que submetam os animais a atos de crueldade”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 7).

<sup>232</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 11-13.

<sup>233</sup> O sofrimento desnecessário dos animais decididamente não constitui expressão de atividade cultural, pois isso repugna aos padrões civilizatórios que informam as formações sociais contemporâneas, eis que a sujeição da vida

Em confirmação de voto, o Min. Gilmar Mendes mencionou caso julgado pela Corte constitucional alemã referente à proibição de *remessa de animais pelos correios* em decorrência de *atividade comercial*. No *exemplo estrangeiro*, o argumento de sofrimento ou mesmo morte de animais não teria sido acolhido pelo Judiciário para proibição da prática, eis que os *percentuais medidos* em situações adversas *não seriam desproporcionais* frente àqueles habituais nos próprios criadouros<sup>234</sup>. Dada a relevância econômica da atividade, maiores seriam os *prejuízos* passíveis de advir da *proibição* – circunstância que também vislumbrou no caso da vaquejada. Nessa perspectiva, houve alerta para os riscos de que *pré-compreensões* não correspondentes à realidade influenciem os julgamentos em prejuízo da *legítima* atividade *legislativa* de buscar *meios adequados* para *harmonização* dos interesses em conflito, ocasionando *prejuízos reflexos* a milhares de pessoas e relegando a prática à *clandestinidade*<sup>235</sup>.

---

animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil, como enfaticamente proclamou esta Suprema Corte (ADI 2.514/SC, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.): (...) [e] (ADI 1.856/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Celso de Mello, p. 15-16).

<sup>234</sup> “Na Alemanha houve um caso em que - nessa sensibilidade que muitos mostram e é justa em relação à proteção dos animais -, num dado momento, o legislador propôs que fosse proibido o negócio, via correios, de animais, porque se dizia que esses animais eram colocados numa estação de trem, remetidos para outra estação de trem e ficavam lá esquecidos. Eram tratados como bagagem e acabavam morrendo, acabam sendo sacrificados, acabavam sendo maltratados. Quando essa lei entrou em vigor e os correios passaram a recusar a remessa desses bichanos - gatos, cachorros e outros bichos -, os pequenos sitiantes que complementavam a sua renda com essa atividade reclamaram que isso atentaria contra a liberdade de profissão e acabaram na Corte Constitucional. E a Corte Constitucional fez uma análise sobre os fundamentos, as razões legislativas do projeto. Depois fez uma verificação de qual era o índice de mortalidade. Como os correios alemães são bastante organizados, eles tinham lá as anotações dos últimos anos. Chegaram à conclusão de que nada de anormal se passava, nada diferente do que se passava nos próprios criatórios. Por outro lado, o esquecimento de alguém em relação à busca daquele animal na estação também não era de se supor. Pelo contrário, as pessoas ficavam aflitas para buscar o animal encomendado. Feita essa verificação, a Corte concluiu que não havia nenhuma desproporcionalidade na colocação. Nesse caso há até uma situação singular, porque havia, num determinado local, um produtor de minhocas. E nesse caso a minhoca era altamente evoluída. Ele disse que também estava atingido pela norma - minhoca para produzir agricultura orgânica. E a Corte teve que concluir que também não se aplicava esta regra às minhocas”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Confirmação de Voto Min. Gilmar Mendes, p. 2).

<sup>235</sup> “Portanto, vejam que, muitas vezes, nós somos movidos por um tipo de pré-compreensão que não corresponde à realidade. Descrever como se dá em algum lugar... Tem que se ver o que o legislador está a buscar, para aplicar métodos adequados. Agora, as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade como esta são extremamente sérias. Estamos falando de duzentos mil empregos. Nós temos uma lei que considera este cavaleiro como um profissional - tem direito à previdência social e tudo o mais. Nós temos, portanto, uma atividade plenamente regulada. E o que o legislador cearense busca é exatamente permitir que esses folguedos, que essas práticas sejam feitas observando padrões civilizatórios. Então isso precisa ser observado. (...) A lei do Ceará é digna de encômios. Faz-se um esforço no sentido de emprestar tratamento adequado. Nós temos que ver o texto constitucional, tal como ele está colocado, como um modelo de garantia institucional que pode ser desenvolvido - disse bem o Ministro Fux. E o legislador faz esse esforço. Do contrário, nós vamos lançar um grupo enorme de pessoas - não só os praticantes, mas também os assistentes, os espectadores - na clandestinidade, vítimas do rapa, alvos de chantagem, tudo aquilo que nós conhecemos quando se faz esse tipo de prática, tornando mais difícil a vida de gente que enfrenta enorme dificuldade da manhã à noite, em condições muito precárias, em que a única atividade de lazer talvez seja, nesse caso, a vaquejada”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Confirmação de Voto Min. Gilmar Mendes, p. 3-4).



O raciocínio desenvolvido pelo Min. Gilmar Mendes foi no sentido de indicar que a solução ofertada, potencialmente *universalizável*, acabaria atingindo *outras tantas práticas sociais cotidianas*, não só do mundo do *entretenimento*, mas também ligadas ao próprio *modo de alimentação da população*<sup>236</sup>. Invocando o pensamento de António Manuel Hespanha, sobre o uso da *ponderação* como método de decisão, enfatizou alerta no sentido de que *não seria apropriado* levar em consideração as *pré-compreensões do julgador*, mas sim os *contextos sociais* em que se inserem as práticas. Por isso, melhor seria discutir “formas mais adequadas de se desenvolver a prática”, a qual acabaria sendo realizada *independentemente* do decidido pela Corte. A leitura proposta a partir do pluralismo jurídico, nessa perspectiva, não poderia estar limitada à dimensão cultural, e sim compreendida em sua *completude*, o que conduziria, finalmente, a uma *abertura cognitiva* para apreensão das mais *variadas* formas de *expressão social*<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> “Nós temos também outros debates. Por que não o polo? Por que não o turfe? Por que não o rodeio? Todos eles levam o animal para outra situação. Ora, em suma, é disso que se cuida. E por isso me parece que estamos focando a vaquejada sem levar em conta a lei que a disciplina, cujo teor é muito claro e permite, inclusive, que o poder público, no seu poder de polícia, de fiscalização, contribua para a melhoria desse tratamento. Então, se nós levarmos avante a decisão no sentido da inconstitucionalidade, na verdade, estaremos praticando ou agravando as diferenciações e as discriminações já existentes, em nome de um modelo que sequer é coerente, porque, como disse o Ministro Fux, se se trata de discutir a questão nesses termos, proibamos o sacrifício de animais para alimentação. Se é disso que se cuida, porque, certamente, não há sofrimento maior do que a forma descrita por Sua Excelência mostrando como se faz para minimizar o susto, mas o próprio animal da percepção, como o suadouro, de que vai ser morto, além do tratamento, que é bastante antinatural. Não se trata de alimentação em pastagem, mas em espaços extremamente reduzidos”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Confirmação de Voto Min. Gilmar Mendes, p. 4). Eis o trecho do voto do Min. Luiz Fux no qual houve diálogo sobre o problema referido: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência não está preconizando que sejamos, todos, vegetarianos! O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vou colocar para Vossa Excelência isso, porque Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo. O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Em algum lugar do futuro seremos todos. O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Vossa Excelência tocou num ponto importantíssimo. O debate mundial, hoje, Ministro Marco Aurélio - eu particularmente não como carne vermelha, mas como peixe e frango -, pesquisei aqui, é o veganismo e o vegetarianismo, que enfrentam exatamente esses impasses. Aqui, a vaca sofre esse abate; na Índia, a vaca é sagrada. Então, não dá para fazer, num contexto mundial, a percepção sobre a vaquejada, que é algo estritamente nacional”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Luiz Fux, p. 2).

<sup>237</sup> “Então, a mim me parece que nós deveríamos refletir sobre isso, sob pena de estarmos tentando impor, impingir, a dadas culturas o nosso way of life; não me parece adequado. Eu ainda lia sobre isso um autor português, clássico, Manuel Hespanha, em que ele destaca esse aspecto de que, ao fazer a ponderação, devemos levar em conta não as nossas pré-compreensões, necessariamente, mas os contextos em que essas práticas estão inseridas. E isso precisa ser divisado, sob pena de produzirmos, inclusive, decisões inúteis, porque, certamente, continuam a praticar a farra do boi nos locais em que isso se pratica. Quando se poderia ter discutido formas mais adequadas de se desenvolver essa prática, porque, no interior de Santa Catarina, como que se diz, essa prática é amplamente desenvolvida, independentemente da decisão que nós aqui tomamos. (...) Presidente, eu só gostaria, portanto - tenho até voto escrito sobre o tema -, de ressaltar que se trata de uma questão extremamente importante, porque diz também com a compreensão. Quer dizer, é fácil fazer o discurso do pluralismo, inclusive do pluralismo cultural, mas tem que ser respeitado o pluralismo. E veja, não se trata de: o pluralismo envolve matar pessoas. Não! Não é disso que se cuida. Matar os animais? Também não! Temos que ter essa abertura mental”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Confirmação de Voto Min. Gilmar Mendes, p. 5).

Em resposta, o Min. Luís Roberto Barroso considerou que, mesmo que se pudesse adiar a *decisão ética* subjacente ao caso, se estaria diante de uma *mutação civilizacional inevitável*, de modo que não se poderia parar *o caminhar da história* nesse sentido<sup>238</sup>.

Esclarecendo pensamento anteriormente manifestado em seu voto, o Min. Teori Zavascki registrou que considera a lei cearense em exame *um avanço* em relação ao que se poderia denominar “vaquejada cruel”, de modo que, a seu ver, seria “um retrocesso, em relação à violência contra o animal, considerar inconstitucional essa lei”<sup>239</sup>.

Nesse ponto, a discussão sobre as possíveis práticas sociais cruéis envolvendo animais chegou a cogitar até mesmo qual seria a decisão *do próprio tutelado* (o *animal não-humano*) diante das alternativas éticas vislumbradas em disputa<sup>240</sup>.

O julgamento foi, então, suspenso, devido ao pedido de vista do Min. Dias Toffoli, o qual foi anunciado logo após o encerramento do voto do Min. Luiz Fux - com destaque inclusive às *raízes bíblicas* do tema em discussão e à sua integração ao próprio processo civilizacional. Os debates somente se encerraram com a antecipação de voto do Min. Celso de Mello, mas permaneceram latentes, como observado em tom poético pela Min. Cármen Lúcia, até desfecho da votação pelo colegiado<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> “A meu ver, estamos diante de uma mutação ética. Nós até podemos lidar com ela de uma forma mais brusca ou mais diluída no tempo, mas é uma questão de tempo não se tolerar mais, no mundo civilizado, a crueldade contra animais para entretenimento. Daqui a pouco, entrará na agenda ética da humanidade - ainda não estamos nesse estágio por uma série de questões civilizatórias, sociais e econômicas - a própria eliminação de animais para fins de alimentação. (...) Portanto, eu me preocupo com quem perde o emprego; eu me preocupo com quem perde a sua atividade e lazer, porém, penso que estamos diante de uma mutação ética do processo civilizatório e precisamos lidar com essas diferentes variáveis, sem tratar ninguém com desprezo nem desimportância, mas sem acreditar que vamos poder parar a história, porque a história caminha nesse sentido”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Observação Min. Luís Roberto Barroso, p. 3).

<sup>239</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Esclarecimento Min. Teori Zavascki, p. 1-2.

<sup>240</sup> “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O que o boi preferiria: participar de uma vaquejada ou desse abate cruel que narrei aqui? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Devo reconhecer que pimenta no olho alheio é frescor! O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - É, mas, se fosse fácil, Presidente, não estaria tomando tempo e energia intelectual de pessoas com a qualificação das que estão aqui para tentar produzir uma solução. Não é fácil. Eu apenas acho que a dificuldade é que nós estamos lidando com uma mudança de paradigma”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Observações, p. 3).

<sup>241</sup> “O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Esse tema faz parte do processo civilizatório. O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Certo. Começou na Bíblia, como diz Vossa Excelência. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Como disse, eu não falei do Evangelho, quando, então, o cordeiro de Deus se imola no altar para que não haja nenhum outro sacrifício e ninguém mais se sacrifique por ele. E isso é da nossa Cultura ocidental, acredite-se ou não acredite naquele crucifixo. O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não sei, mas a Bíblia tem passagens crudelíssimas contra as mulheres também, e nós não as reiteramos hoje em dia. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como se trata de vaquejada, acho que nós podemos deixar a vista, porque, como diria Chico Buarque, “o boi ainda dá bode”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Observações, p. 4).

Na continuidade, o Min. Dias Toffoli se aliou à *divergência* inaugurada pelo Min. Edson Fachin, destacando, com base em obra de Luís da Câmara Cascudo, as *origens históricas* da vaquejada como demonstração *esportiva e cultural* das regiões *Nordeste, Centro e Sul* brasileiras a partir do Século XIX<sup>242</sup>. Sob essa perspectiva, assim como a de que tanto manifestações culturais *esportivas* quanto *religiões* são “frutos da sociedade e de seu tempo”, invocou a técnica do *distinguishing* para diferenciar a vaquejada de *casos anteriores* nos quais o STF entendeu que haveria tratamento cruel a animais (*briga de galo e farra do boi*), bem como o reconhecimento de *reserva constitucional à lei ordinária* para *gradação* da proteção aos animais<sup>243</sup>.

A percepção do fenômeno constitucional como *cultura*, tal como referido pelo Min. Gilmar Mendes com base no pensamento de Peter Häberle, também foi adotada na fundamentação do Min. Dias Toffoli, à qual agregou os *simultâneos* contornos de *humanidade e barbárie* vislumbrados na filosofia de Gustav Radbruch, mas sob a perspectiva de que, não havendo “prova cabal” de submissão dos animais sistematicamente a abusos, não se poderia falar nem em *criminalização* nem em *inconstitucionalidade* da prática<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> “Embora não haja qualquer referência na literatura colonial dos séculos XVII e XVIII no que tange à derrubada dos animais pela cauda, como afirmado pelo historiador, antropólogo, advogado e jornalista Luís da Câmara Cascudo em sua importante obra sobre a vaquejada nordestina (A Vaquejada Nordestina e sua origem. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 8), o pesquisador confirma que a vaquejada, como se conhece no nordeste e se difundiu pelas regiões sul e centro de nosso país a partir do século XIX, deixou de ser uma técnica empregada na “labuta de campo aos novinhos, barbatões, marrueiros” (op. cit., p. 14), no contexto da criação pecuária, para se tornar uma “demonstração esportiva e cultural” de seu povo”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... Op. cit., Voto Min. Dias Toffoli, p. 1).

<sup>243</sup> “No que tange ao tema desta ação, é evidente que não se pode admitir a exploração dos animais, nem seu tratamento cruel ou execrável, como esta Corte já decidiu nos julgamentos da ADI nº 1.856/RJ, Relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 26/5/11, relativamente à “briga de galos”; da ADI nº 2.514/SC, Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 29/6/2005, relativamente à “farra do boi”, e do RE nº 153.531/SC, Relator o Ministro Francisco Rezek, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, julgado em 3 de junho de 1997, sobre a mesma atividade. Há que se salientar haver na espécie, no entanto, elementos de *distinguishing* a impedir a aplicação ao caso dos precedentes a que me referi. Em primeiro lugar, saliento que, na “farra do boi”, não há técnica, não há doma e não se exige habilidade e treinamento específicos, diferentemente do caso dos vaqueiros, que são profissionais habilitados, inclusive, por determinação legal (Lei nº 12.870/13). Portanto, não há que se falar em atividade paralela ao Estado, ilegítima, clandestina, subversiva. Quanto às “rinhas de galos”, esses animais são postos em uma arena de combate para “matar ou morrer” e, como restou bem debatido naqueles autos, os animais vinham sendo submetidos a uma longa preparação tortuosa e cruel, elementos fáticos e jurídicos de decidir que não se verificam nos presentes autos. (...) Essa também foi a posição que firmei no julgamento da ADI nº 1.856, quando votei no sentido de que houve determinação constitucional, no art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal, para que a lei ordinária fosse competente para estabelecer a proteção dos animais e sua respectiva gradação. (...) Faço essa observação para reconhecer, também, que se trata de uma opção legislativa, ponderação que deve ser feita pela sociedade e por seus representantes, tanto é que inúmeros são os legislativos estaduais e até municipais que têm escolhido se admitem ou não, em seus respectivos territórios, a realização dessas atividades. No Distrito Federal, por exemplo, a Câmara Legislativa derrubou o veto ao projeto de lei que reconhecia a vaquejada como modalidade cultural e esportiva, sendo a Lei distrital nº 5.579/2015, por fim, publicada”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... Op. cit., Voto Min. Dias Toffoli, p. 3-5).

<sup>244</sup> “Não se trata apenas de ler a Constituição Federal com os olhos voltados para nossa realidade: a carta constitucional, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na última sessão - lembrando as lições de Peter Häberle, que se inspirou em Martin Heidegger -, é a própria cultura de um povo (cf. Teoria de la Constitución

O Min. Ricardo Lewandowski também acompanhou o Relator, mediante “interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que considera os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos”, a qual estaria fundada, por sua vez, na Carta da Terra<sup>245</sup> subscrita pelo Brasil. Aquele diploma internacional, enunciador de “uma espécie de código de ética planetário”, estabeleceria, dentre seus princípios, o reconhecimento do valor intrínseco de todas as formas de vida, *independentemente* de sua *utilidade* para a humanidade<sup>246</sup>. O entendimento foi pela incidência do critério “*in dubio pro natura*”, derivado dos princípios da precaução e do cuidado, para que se possa “lidar com o meio ambiente” em “dias turbulentos”, os quais denotariam, por sua vez, um “momento em que a própria sobrevivência do Planeta está em xeque”<sup>247</sup>.

Última a votar, a Min. Cármen Lúcia, em objetiva manifestação, acompanhou a corrente iniciada no voto do Relator, afirmando que *não se convenceu* de que seria possível à lei questionada *assegurar tratamento não cruel* aos animais, havendo que se considerar a *mutabilidade* das práticas culturais para que possam se ajustar a *novos modos de vida*<sup>248</sup>.

---

como Ciencia de la Cultura. Madrid: Tecnos, 2000). Também não podemos olvidar que a ciência do direito é a ciência da vida, dos fenômenos sociais e culturais. Relembro, nesse ato, o escrito de Gustav Radbruch, que sustentava que a cultura não é um valor puro, mas “uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam, quer não, a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma idéia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar” (RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 41 e 42). Como já salientado pelo Ministro Edson Fachin, não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos. Anote-se, além disso, que a própria lei que ora se ataca faz a defesa dos animais contra essas ações; ou seja, a própria lei exige o respeito aos animais e não institucionaliza a tortura, o que impede, data venia, que se admita a colisão da lei ora atacada com o art. 32 da Lei nº 9.605/98, definidora dos crimes ambientais. Portanto, por não vislumbrar afronta ao art. 225, § 1º, inciso VII, e ao art. 215, § 1º, da Constituição da República, acompanho, na integralidade, a douta divergência e julgo improcedente a ação. É como voto”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Dias Toffoli, p. 5-6).

<sup>245</sup> Cf. NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Terra*. Disponível no site do Ministério do Meio Ambiente na Internet: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf), acesso em 31/12/2018.

<sup>246</sup> “Senhora Presidente, pedirei vênica para acompanhar o Relator. Eu me reporto aos argumentos muito bem lançados por Sua Excelência, até por estar fisicamente impossibilitado, por problemas de voz, de aprofundar um pouco o debate. Faço uma interpretação biocêntrica do artigo 225 da Constituição Federal, em contraposição a uma visão antropocêntrica, que consideram os animais como “coisa”, desprovidos de direitos ou sentimentos. E, para fazer essa interpretação, reporto-me à Carta da Terra, que foi subscrita pelo Brasil. É uma espécie de código de ética planetário, semelhante à Declaração Universal dos Direitos Humanos, só que voltado à sustentabilidade, à paz, e à justiça socioeconômica. Foi idealizada pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas. Essa Carta, dentre seus vários princípios, estabelece o seguinte: “Reconhecer que todos os seres são interligados, e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”. Isso significa respeitar todos os seres vivos em sua completa alteridade”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 1).

<sup>247</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4983/CE ... *Op. cit.*, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 2.

<sup>248</sup> “Portanto, não me vi convencida dos argumentos no sentido de que, pela legislação, tentou-se exatamente dar um maior cuidado ao treinamento e a um tratamento mais, talvez, cuidadoso com os animais para que não se chegasse a essa situação de agressão. Não foi o que me pareceu. Neste caso, pareceu-me que tem razão o



O julgamento não foi encerrado, contudo, antes da complementação de voto pelo Min. Gilmar Mendes, na qual destacou que a grande *diversidade cultural* brasileira, ensejadora de *visões distintas* “sobre a exploração do animal pelo homem, a qual pode ocorrer de diferentes maneiras”, deve ser considerada no processo *interpretativo*, sem dissociação frente à “realidade da comunidade na qual inserida a prática cultural”<sup>249</sup>. Mais uma vez se fundando na teoria do *pluralismo jurídico* sob o marco teórico de António Manuel Hespanha, cujo pensamento foi objeto de *longa referência* no complemento de voto, Mendes defendeu que o método da *ponderação* dos argumentos, enquanto técnica interpretativa, *não deveria* se dar a partir da visão da *autoridade (juiz)*, mas de um juízo sobre o sentido que abrangeria *todo o universo de interesses* passíveis de serem afetados no caso concreto<sup>250</sup>.

---

Procurador-Geral ao requerer a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos impugnados - com todas as vênias, como disse -, sabendo que este é um caso em que sempre haverá os que defendem, considerando mesmo o que foi posto aqui, que é uma atividade que vem de longo tempo, que se encravou grandemente na cultura de parte considerável do nosso povo, mas também cultura se muda, e muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto Min. Cármen Lúcia, p. 1-2).

<sup>249</sup> “Não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais, tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório. E quem diz o que é avanço civilizatório? Todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso dos aspectos normativos do que seria tal “avanço” e de seus limites? Cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar quais marcos civilizatórios estão corretos e devem ser observados pela população?”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto (Complementação) Min. Gilmar Mendes, p. 1-2).

<sup>250</sup> “Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de António Manuel Hespanha, in verbis: “A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação – princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (Abwägung, Ausgleich). As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, problem oriented, case sensitive). Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, ‘escalas de medida’ da força de cada argumento, ou de cada princípio. O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso. Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos. O argumento do ‘interesse público’ é muito forte na ordem jurídica estadual, mas pode ser quase irrelevante na lex mercatória ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes. Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita não com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente: assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores; assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação; assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido; assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior. O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de



Valendo-se, mais adiante, do pensamento de Klaus Günther, o Min. Gilmar Mendes, compreendendo que o julgamento em questão envolveria uma *opção moral*, sustentou que a *invalidade* da norma que emanaria do Plenário (inadmissibilidade da prática da vaquejada) dependeria da possibilidade de sua *universalização*, o que, dada a diversidade cultural brasileira, seria *inviável*<sup>251</sup>.

Invocando alegoria de Monteiro Lobato no livro “A Reforma Natureza”, o Min. Gilmar Mendes advertiu quanto aos limites do exercício da liberdade criativa pela Corte, a qual foi comparada à do personagem reformador “Américo Pisca-Pisca”, que brincaria de Deus, inovando e mudando o jeito natural de ser da vida e das coisas, por exemplo, ao colocar

---

conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito. Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador: expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio; experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma; tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador; dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p. p. 274-276) - grifei. Desse modo, podem coexistir, em uma mesma nação, “(...) ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas [com] uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes”, cuja resolução conflituosa não se realiza com “base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores” ou “assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido” (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.). Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo “juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”. (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.) Portanto, conclui Hespanha que “o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”, contemplando: 1) “as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;” 2) “as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;” 3) “a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;” e 4) “dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”. (Hespanha, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. 320p.). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto (Complementação) Min. Gilmar Mendes, p. 3-5).

<sup>251</sup> “Nesse ponto, válido mencionar reflexão de Klaus Günther sobre a universalidade das normas morais e a ideia de que uma norma apenas pode ser considerada válida se suas consequências e seus efeitos colaterais possam ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, seguindo os interesses de cada um, individualmente. (GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 65). (...) É justamente essa reflexão que deveria ser considerada pela Corte. Não é possível partir-se de um discurso universal de proteção aos animais, como valor autônomo, invocando-se o bem-estar animal e a simples vedação à crueldade, se a mesma fundamentação e se suas consequências, além de seus efeitos, não sejam identificáveis em situações semelhantes. Aqui podemos mencionar o rodeio de Barretos, a prova do laço no Rio Grande do Sul, o abate de animais para alimentação, o uso de camundongos em testes de laboratórios e, como já mencionei, o próprio hipismo. E não esqueçamos que o hipismo é esporte olímpico, já que não faz muito que acabou a Rio 2016!”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto (Complementação) Min. Gilmar Mendes, p. 10-11).

“abóboras em jabuticabeiras”. Comportamento análogo seria vislumbrado por ele, a partir dessa leitura, na proposta de *reprovação universal* à prática da vaquejada pelo Judiciário<sup>252</sup>.

Mendes também referenciou precedentes da jurisprudência constitucional *estrangeira* (França, Espanha, Áustria, Alemanha e Israel), no sentido de referendar a competência *legislativa* para exercício do juízo de ponderação valorativa que poderia conduzir à *permissão (condicionada ou não)* ou *proibição* de práticas culturais como *touradas, cavalgadas, sacrifícios de animais para fins religiosos* ou mesmo a produção de *foie gras*<sup>253</sup>.

Finalmente, compreendendo haver diferença entre a vaquejada e as hipóteses versadas em precedentes sobre outros casos de crueldade contra animais (*briga de galo e farra do boi*), e que a posição da *maioria* firmada pela Corte *aniquilaria* uma parcela da *cultura nordestina*, ignorando a equivalência entre as densidades constitucionais dos arts. 215 e 225 da Constituição, o Min. Gilmar mendes *ratificou* sua posição pela *validade* da lei cearense.

## 2.7 PONDERAÇÃO, LEGITIMAÇÃO E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: PROTEÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA NACIONAL (ADI 4901, 4902, 4903, 4937/DF; ADC 42/DF - 28/02/2018)

Em 28/02/2018, o Plenário do STF julgou parcialmente procedentes, por *maioria* de votos, as ADI e ADC que versavam sobre a (in)constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal 12.651, de 25/05/2012, a qual, dispondo “sobre a proteção da vegetação nativa” em substituição à Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, passou a ser conhecida pela sociedade em geral como *Novo Código Florestal*<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> “Vê-se, pois, que há situações em que não podemos inovar sem limites, não podemos estipular que determinada conduta é, ou não, correta com base em pressupostos morais que seriam facilmente refutados em situações semelhantes. Algo no estilo do narrado por Monteiro Lobato no livro “A Reforma da Natureza”, em que Emília, inspirada na história de Américo Pisca-Pisca, brinca de Deus, fazendo uma série de inovações em animais, plantas e objetos com base em sua visão de mundo e do que julga ser importante. Ao final, descobre que muitas delas eram sem utilidade e, pior, acabavam prejudicando o que vinha funcionando bem. (...) Limitemos a nossa criatividade! Pois bem, vemos que a vaquejada é uma manifestação cultural que existe há décadas; que há regulamentos e a própria legislação ora contestada prevê formas de garantir a proteção do animal nela utilizado. Não cabe a nós, com base uma visão não universalizada do que é, ou não, correto nessa situação, estabelecer que a vaquejada não deve continuar a ser realizada licitamente. Digo isso porque sabemos que, mesmo proibida, continuará a existir. Não sejamos como Américo Pisca- Pisca, não queiramos colocar abóboras em jabuticabeiras porque elas acabarão, como no conto, caindo em nossas próprias cabeças!”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto (Complementação) Min.. Gilmar Mendes, p. 11-13).

<sup>253</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4983/CE ... Op. cit.*, Voto (Complementação) Min. Gilmar Mendes, p. 16-19.

<sup>254</sup> Interessante notar, no entanto, que a Lei Federal nº 12.651/2012 deixou de utilizar a palavra *Código*, que constava do preâmbulo da Lei Federal n. 4.771/1965, para explicitação de seu conteúdo. Apesar de a designação anterior ter permanecido gravada na memória social e seguir sendo utilizada, o diploma normativo em exame não se apresenta alinhado aos requisitos apontados pela doutrina como necessários à pretensão de codificação de determinada matéria, sendo prematuro dizer que teria havido propriamente uma unificação ou uniformização da legislação regente do tema da proteção da vegetação nativa no país, simplificação ou facilitação de seu respectivo

Essa nova lei, apesar do longo processo legislativo e amplo debate social, acabou passando por substanciais (e controversas) conturbações por ocasião da sanção presidencial ao texto aprovado pelo Congresso Nacional, circunstâncias que, aliadas à polêmica ainda latente sobre matéria, culminaram, menos de oito meses depois de sua entrada em vigor, em demanda de controle concentrado de constitucionalidade perante a Suprema Corte.

Dentre os aspectos da lei que suscitaram maior debate, podem ser destacados: os novos contornos dados às definições, dimensões e ao regime de proteção das áreas de preservação permanente (arts. 4º a 7º); a instituição do Cadastro Ambiental Rural – CAR como ferramenta central do regime de proteção da reserva legal (arts. 17 a 24, 29 e 30); a possibilidade de compensação de déficits de vegetação nativa e a *anistia* (arts. 59 a 67) concedidos às áreas consolidadas até 22 de julho de 2008.

Dada a complexidade do caso, o volume dos autos, o caráter multidisciplinar, a qualidade, a profundidade dos debates e o ambiente altamente participativo em que se deram as manifestações não só dos atores processuais tradicionais, mas também de variados e representativos seguimentos da sociedade<sup>255</sup>, o acórdão do julgamento não havia sido publicado pelo STF até a data de conclusão deste estudo, em 31/12/2008. Até então, havia sido publicada apenas uma *certidão* contendo a *relação-síntese* das *expressões* e dos *dispositivos da lei* julgados *inconstitucionais* ou *constitucionais*<sup>256</sup>. A publicação do acórdão completo no diário de justiça eletrônico da União somente ocorreu em 13/08/2019.<sup>257</sup>

---

conhecimento, certeza ou estabilidade das relações *jurídicas* que envolvam esses recursos naturais. Não se pode olvidar a existência, e o caráter por vezes conflitivo, de diversas outras normas, em todos os níveis federativos, que disciplinam, senão a mesma matéria, aspectos que lhe são intimamente correlatos, a exemplo da Lei da Mata Atlântica e dos mais variados códigos e leis florestais dos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. Esta ponderação é feita com base, dentre outras, nas premissas apresentadas por Francisco Amaral em suas notas ao processo de codificação no direito civil. (Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 157-158).

<sup>255</sup> Os quais puderam se manifestar na condição de interessados ou de *amicus curiae*, tanto por escrito quanto oralmente, seja nas audiências públicas da fase de informações/instrução seja nas sessões de julgamento.

<sup>256</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937. ADC 42*. Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 28/02/2018. Certidão de Julgamento. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4499305&ext=RTF>, acesso em 31/12/2018.

<sup>257</sup> Íntegra no link: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340791719&ext=.pdf>.

Não obstante, além dos vídeos das sessões de julgamento<sup>258</sup>, foi possível acessar durante a pesquisa o voto “em elaboração” do Min. Celso de Mello<sup>259</sup>, o qual se debruçou, em especial, sobre a invocação do princípio do *não retrocesso ambiental* como fundamento central das ações de inconstitucionalidade propostas.

A linha condutora do voto do Min. Celso de Mello, apoiada em orientações tanto da própria Corte quanto da doutrina sobre o conteúdo do art. 225 da Constituição, foi traçada precisamente a partir do caráter *metaindividual* do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de sua estrutura *jusfundamental* de *terceira* ou *novíssima geração* e, portanto, impositiva de observância e zelo, indistinta e solidariamente, por toda a coletividade.

À luz desse prisma, que privilegiaria sempre a máxima defesa do meio ambiente, a validade constitucional do novo pacto federal de proteção da vegetação nativa teria passado a ser analisada também sob a perspectiva do preceito (princípio) da *vedação* do *retrocesso*, tanto no âmbito da ordem *social* em geral quanto da *ambiental*, ambas afirmadoras da *impossibilidade de recuo*, salvo na hipótese de suficiente compensação, em relação aos níveis de concretização já atingidos<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> BRASIL. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ... Op. cit.*, Disponíveis no canal do STF no YouTube, acesso em 31/12/2018: *Sustentações orais* - [https://www.youtube.com/watch?v=pkVAjvU-JuQ\(\)](https://www.youtube.com/watch?v=pkVAjvU-JuQ()); *Voto Min. Luiz Fux* - <https://www.youtube.com/watch?v=PNFspLOF2Mg&t=2360s>; *Votos Min. Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso e Dias Toffoli* - <https://www.youtube.com/watch?v=HwT-7QiKiMo&t=23s>; *Votos Min. Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Min. Gilmar Mendes* - <https://www.youtube.com/watch?v=Cz5xvuqLCmM>; *Voto Min. Marco Aurélio*: [https://www.youtube.com/watch?v=hBgVLPfbd\\_A&t=5615s](https://www.youtube.com/watch?v=hBgVLPfbd_A&t=5615s); *Voto Min. Cármen Lúcia*: <https://www.youtube.com/watch?v=hpz5D9JO0Ds&t=2788s>; *Voto Min. Celso de Mello*: [https://www.youtube.com/watch?v=ds41DH\\_omas](https://www.youtube.com/watch?v=ds41DH_omas) ().

<sup>259</sup> “Ao julgar a ADI 3.540-MC/DF, de que fui Relator, tive o ensejo de salientar que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO) com apoio em doughta lição expendida por CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “Direito Ambiental Brasileiro”, p. 121/123, item n. 3.1, 13ª ed., 2005, Malheiros) – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”. (BRASIL. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ... Op. cit.*, *Voto do Min. Celso de Mello*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>, acesso em 31.12.2018, p. 3-4).

<sup>260</sup> “Há a considerar, ainda, um outro postulado que também se revela invocável na matéria ora em julgamento. Refiro-me ao princípio que veda o retrocesso social, cuja incidência não permite que se suprimam ou que se reduzam os níveis de concretização já alcançados em tema de direitos fundamentais. Esse postulado impede que, em tema de direitos fundamentais, inclusive em matéria ambiental, sejam desconstituídas as conquistas já

Último a votar na sessão plenária de julgamento, o Decano da Corte teve o cuidado de registrar e reunir, em seu voto, passagens das manifestações dos demais ministros sobre o que denominou “princípio vedatório do retrocesso social quando particularmente invocado em matéria ambiental”, possibilitando, assim, o cotejo analítico das respectivas posições individuais.

Iniciando pelo pensamento da Min. Cármen Lúcia, então Presidente da Corte, destacou de plano a impossibilidade de que a invocação do princípio em exame *paralise* as funções legislativa e administrativa do Estado. Não obstante, mesmo frente à necessidade de preservação da discricionariedade das autoridades públicas em matéria ambiental, haveria espaço para controle de constitucionalidade de eventuais restrições ou recuos na proteção dos direitos fundamentais subjacentes com base na *proporcionalidade, razoabilidade, garantia do núcleo essencial e adequada compensação* dos impactos decorrentes de eventuais normas *mais permissivas*<sup>261</sup>.

Passando ao pensamento do Relator das ações, Min. Luz Fux, explanou o alcance dado ao princípio da vedação de retrocesso “inclusive em matéria socioambiental”, o qual seria balizado pela possibilidade de revisão judicial de medidas regulatórias, mas não sob genérica alegação de violação da defesa ambiental e sim sob a verificação, no caso concreto, da ocorrência de omissão estatal que coloque em risco o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações<sup>262</sup>.

---

alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, p. 127/128, 1ª ed./2ª tir., 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, v.g.). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social, particularmente em matéria socioambiental, traduz, no processo de sua efetivação, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos fundamentais (como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese em que políticas compensatórias sejam implementadas pelas instâncias governamentais”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ...*, *Op. cit.*, Voto do Min. Celso de Mello, p. 27-28).

<sup>261</sup> “(...) a aplicação do princípio da proibição de retrocesso socioambiental não pode engessar a ação legislativa e administrativa, sendo forçoso admitir certa margem de discricionariedade às autoridades públicas em matéria ambiental. Todavia, as medidas que restringem direitos sociais ou ecológicos devem ser submetidas a um rigoroso controle de constitucionalidade que avalie sua proporcionalidade e sua razoabilidade, bem como seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais, sob pena de irreversibilidade dos prejuízos às presentes e futuras gerações. Não é compatível com a Constituição da República, portanto, a flexibilização da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ...*, *Op. cit.*, Voto do Min. Celso de Mello, p. 31).

<sup>262</sup> “Evidencia-se, à luz do exposto, que a revisão judicial das premissas empíricas que embasam determinada medida regulatória, quanto mais quando editada pelo legislador democrático, não pode ocorrer pela singela e arbitrária invocação de um suposto ‘retrocesso’ na defesa do meio ambiente. (...) Assim, o que se qualifica como vedada é a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida (...). Entender



A perspectiva dada à questão, pelo Relator, teria sido no sentido de prestigiar a separação dos poderes, de modo a não haver indevida intervenção na atividade planejada dos demais atores estatais no que tange a políticas públicas. Haveria que se prestigiar, portanto, as “opções validamente eleitas pelo legislador”<sup>263</sup>.

O mesmo raciocínio foi então utilizado pelo Min. Celso de Mello para destacar sua visão quanto à *constitucionalidade*, em especial, dos arts. 59, §§ 4º e 5º, e 60 da Lei Federal nº 12.652/2012 (novo Código Florestal), os quais, possibilitando adesão de interessados a programas de regularização ambiental e suspensão de punibilidade de crimes e infrações administrativas cometidos até 22/07/2008 mediante assinatura de termos de compromisso, foram suscitadas como modalidades de *anistia* violadoras de uma das possíveis compreensões do princípio do *não retrocesso*.

A possibilidade de que a decisão legislativa concessiva de *anistia*, como expressão máxima da *clemência soberana* estatal, não se restrinja a ilícitos políticos, abrangendo também infrações comuns, como aquelas relacionadas ao *meio ambiente*, foi *afirmada* pelo Decano, para quem a ordem constitucional de 1998 não lhe oporia qualquer restrição<sup>264</sup>.

*Não vislumbrando*, seja nesse contexto seja sob a perspectiva do princípio do não retrocesso, nem *arbitrariedade*, nem *falta de razoabilidade* ou *proporcionalidade* nas escolhas feitas pelo legislador ordinário, o STF chegou, por maioria de votos, a um resultado que chancelou a *constitucionalidade* de praticamente todo o texto da nova lei protetiva da vegetação nativa nacional<sup>265</sup>.

---

como ‘vedação ao retrocesso’ qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da realidade: a escassez. (...) O engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, em nome de uma suposta ‘vedação ao retrocesso’ (...), viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ...*, *Op. cit.*, Voto do Min. Celso de Mello, p. 32).

<sup>263</sup> “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito, demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. Este colendo Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. MINISTRO LUIZ FUX, julgamento em 05/03/2016), apreciou o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da eliminação da referida técnica. (...). Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação da tese de ‘vedação ao retrocesso’ para anular opções validamente eleitas pelo legislador”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ...*, *Idem*, p. 32-33).

<sup>264</sup> “Com efeito, a possibilidade jurídica de extensão da anistia a outros ilícitos penais (como os crimes de direito comum), além dos delitos de natureza política, é igualmente admitida pela doutrina, que não lhe opõe qualquer restrição, exceto aquelas que somente foram estabelecidas no texto superveniente da Constituição promulgada em 1988”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901 ...*, *Op. cit.*, Voto do Min. Celso de Mello, p. 35)

<sup>265</sup> Os efeitos *erga omnes* do julgamento proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade já podem ser observados na seguinte decisão monocrática que negou provimento a agravo em decisão de inadmissão de recurso extraordinário: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LEI

### 3 PROTEÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

#### 3.1 EXEGESE LITERAL, INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-TELEOLÓGICA E ADEQUAÇÃO PROCESSUAL: REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL (REsp 605.323/MG – 18/08/2005)

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de empresa do ramo siderúrgico em busca, acumuladamente, de condenação à obrigação fazer, consistente na adoção de medidas necessárias à cessação de dano ambiental, e no pagamento de sanção pecuniária.

A demanda foi julgada *parcialmente procedente* em primeiro grau de jurisdição, compreendendo-se *não ser possível* a cumulação pretendida. A decisão foi reformada em grau de apelação, admitindo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais a possibilidade de condenação simultânea, tendo-se em vista especialmente a insuficiência das ações corretivas que teriam sido adotadas pela empresa.

O REsp interposto foi admitido e distribuído, no STJ, à relatoria do Min. José Delgado que, em seu voto, *concedeu* provimento sob a perspectiva de que, consoante jurisprudência da Primeira Turma da Corte (AGREsp 180620/SP – 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 26/03/2001; REsp 205153/GO – 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 21/08/2000; REsp 247162/SP – 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 08/05/2000; REsp 94298/RS – 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 21/06/1999), além de expressa disposição na legislação de regência da matéria, seria *inviável* a cumulação<sup>266</sup>.

---

12.651/2012. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. (...) Nesse ponto, o Plenário concluiu não ser adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente, meramente a partir do genérico rótulo de retrocesso ambiental, em descon sideração das diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Nesse ponto, os proponentes da denominada teoria da vedação do retrocesso entendem existir inconstitucionalidade quando eliminada determinada norma infraconstitucional ou estrutura material essencial para a concretização nuclear de um comando explícito da Carta Magna. Assim, o que se qualificaria como vedada seria a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1.109.731, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 14/03/2018).

<sup>266</sup> “A redação do art. 3º da Lei nº 7.347, de 1985, é no sentido de que: “A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer”. A mensagem legislativa expressa caráter alternativo. Não há lugar para se entender intenção de cumulatividade. No caso em exame, a recorrente foi condenada a pagar determinada quantia e obrigação de fazer. Dou parcial provimento ao recurso para afastar a obrigação pecuniária, remanescendo, contudo, a obrigação de fazer. Esta tem por fim reconstituir o meio ambiente degradado, aspecto de vital importância para tornar possível a vida das gerações atuais e futuras”. É como voto”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/08/2005, Voto Min. José Delgado, p. 4).

Já o Min. Teori Zavascki, após pedido de vista, concluiu que a solução pelo método da *exegese literal* proposta pelo Relator traria “consequências extremamente limitadoras à eficácia da ação civil pública como instrumento de tutela dos direitos coletivos e difusos”, podendo chegar até mesmo a comprometer a capacidade do ordenamento de “viabilizar adequadamente sua finalidade, nomeadamente no que diz respeito à tutela meio ambiente”<sup>267</sup>.

Para o Min. Zavascki, uma interpretação estritamente gramatical seria insuficiente para resolver o “dilema” verificado no caso, que reclamaria agregação de “outros métodos interpretativos, especialmente o *sistemático* e o *teleológico*”<sup>268</sup>, uma vez que a hipótese não se trataria de uma norma disciplinadora de *direito material*, mas de uma *norma de processo*. Invocando lição de Galeno Lacerda, o voto divergente sustentou uma necessária *submissão* do processo, enquanto instrumento, *ao direito material*, de modo a se adequar, conseqüentemente, às particularidades dos sujeitos, objeto e fim de cada demanda. Nessa perspectiva, versando a ação civil pública originária sobre tutela de direitos e interesses *difusos* e *coletivos*, dentre os quais a proteção do meio ambiente se destacaria à luz do *regime jusfundamental* conferido pela Constituição, haveria que se conferir a “maior extensão possível” aos instrumentos processuais concebidos à sua operacionalização<sup>269</sup>. Essa leitura orientaria a decisão, por sua vez, à luz dos princípios da *prevenção*, da *repressão* e do *poluidor-pagador*, os quais, alocando a responsabilidade por custos ambientais à atividade econômica, assegurariam condições para a recuperação integral de eventuais danos causados. E sendo esses os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais incidentes na espécie, não se poderia cogitar que um dos principais instrumentos processuais positivados para a concretização do ideal de ampla proteção (ação civil pública) fosse desprovido de *meios de efetivação*<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 605.323/MG... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 4.

<sup>268</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 605.323/MG... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 3.

<sup>269</sup> “No presente caso o que se investiga é o significado de uma norma de processo. Processo é instrumento, é meio para servir a um fim: a tutela do direito material. Como todo instrumento, o processo está necessariamente submetido ao princípio da adequação: “suas regras e ritos devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim”, ensinou o Professor Galeno Lacerda (Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed., Forense, 1998, p. 25). Esse princípio é elemento essencial e decisivo para a interpretação do alcance das regras processuais: se o processo é instrumento, há de se entender que suas formas devem ser interpretadas de acordo com a finalidade para a qual foram criadas. Ora, a ação civil pública destina-se a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos, entre os quais, segundo expressamente prevê a Constituição, os relacionados ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Há de se entender, conseqüentemente, que é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção a esse direito material da melhor forma e na maior extensão possível. Somente assim será adequado e útil. Se não puder servir ao direito material, a ação civil pública será ferramenta desprezível”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 605.323/MG... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 3-4).

<sup>270</sup> “Se essa é a tutela que o direito material – constitucional e infraconstitucional – assegura ao meio ambiente, não se poderia imaginar que o legislador tivesse negado ao titular da ação correspondente os meios processuais adequados a tal finalidade. Tal pecado o legislador não poderia ter cometido. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (o que atende ao princípio da adequação) e não o de exclusão (que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado, para não dizer inútil). Essa conclusão é confirmada por interpretação sistemática, à luz, especialmente, da legislação superveniente. (...)”

A solução proposta pelo Min. Teori Zavascki foi acompanhada, em seguida, pelo Min. Francisco Falcão, para quem a permanência da ação poluidora e a necessidade de recuperação ou atenuação de seus respectivos prejuízos implicaria cenário distinto de eventual *bis in idem* (cumulação da obrigação de fazer e pagamento de sanção pecuniária) vedado pelo ordenamento<sup>271</sup>.

### 3.2 LOGICIDADE HERMENÊUTICA E REGIME JUSFUNDAMENTAL: IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE (REsp 1.120.117/AC - 10/11/2009)

O caso versou, na origem, sobre ação civil pública em que o Ministério Público Federal e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI buscaram a condenação de particulares à reparação de danos materiais e morais que teriam sido causados à comunidade Ashaninka-Kampa, do Rio Amônia, em decorrência da extração ilegal de madeira em terra indígena localizada no Estado do Acre.

A questão central examinada pelo STJ versou sobre a *prescrição* da pretensão de reparação civil nas hipóteses de danos ao meio ambiente, tanto sob a perspectiva da possível *uniformidade de prazo* (*quinquenal*, em analogia ao que seria previsto para as hipóteses afetas à ação popular) quanto da *imprescritibilidade*.

---

A outorga de meios processuais variados (“todas as espécies de ações”), com a cumulação das múltiplas formas de provimento (“proteção, prevenção e reparação”), evidencia a intenção do legislador de dotar o autor da ação civil pública de instrumentos com elevado grau de aptidão para obter tutela jurisdicional a mais completa possível, segundo as circunstâncias de cada caso. (...) Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação autônoma, significaria, sem dúvida, atentar contra os princípios antes referidos da instrumentalidade e da economia processual, além de propiciar a superveniência de decisões conflitantes. Se a tal ônus estivesse submetido o autor da ação civil pública, melhor seria que utilizasse, simplesmente, o procedimento comum ordinário para tutelar o meio ambiente, já que nesse seria permitida, sem empecilho, a cumulação aventada. Ora, não teria sentido negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite para a tutela de todo e qualquer outro direito, pela via do procedimento comum”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 605.323/MG... Op. cit., Voto Min. Teori Zavascki, p. 5-6).

<sup>271</sup> “O julgador a quo alude ainda a laudo pericial que confirma a impossibilidade de recompor o meio-ambiente lesado ao status quo ante. Destaco trecho do acórdão recorrido (fls. 1.356), verbis: “Não lhe foi imposta, assim, nenhuma empreitada impossível. Se diz que não há comprovação do estado anterior da coisa, há do atual, que é de poluição do meio ambiente. Quer me parecer impossível se restabelecer a natureza, em casos de degradação ambiental, ao seu estado primitivo. O que se quer da apelante “in casu”, é que siga as metas impostas pela FEAM, deixando de causar danos ao meio ambiente, controlando a poluição causada por suas atividades, que não existia anteriormente na região.” Nesse panorama, ter-se-iam delineados fatos distintos: a) degradação ambiental, definitivamente incorporada à natureza, com prejuízo irreparável à sociedade e ao meio ambiente; b) permanência da ação poluidora, que enseja interrupção; c) necessidade de recuperação ou atenuação dos prejuízos passíveis de reparação. Assim, no caso específico, não se observaria a violação ao dispositivo em tela, porquanto não estabelecido o *bis in idem*, vedado pela norma legal. Tais as razões expendidas, pedindo vênias ao nobre Ministro Relator, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, nego-lhe provimento”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 605.323/MG... Op. cit., Voto Min. Francisco Falcão, p. 2-3).

O voto da Relatora, Min. Eliana Calmon, acolhido por unanimidade sem nenhum destaque pelos demais integrantes da Segunda Turma, foi no sentido de reconhecer - a partir da *titularidade coletiva* e *valor fundamental intergeracional* do equilíbrio ecológico enunciados tanto na doutrina de Paulo Affonso Leme Machado e Herman Benjamin quanto no voto do Min. Celso de Mello por ocasião do julgamento do MS 22.164 pelo STF (vide item 2.2) - um regime jurídico *diferenciado* à prescrição para os casos que envolvam danos ao meio ambiente<sup>272</sup>.

Para a Min. Eliana Calmon, a imprescritibilidade decorreria da “logicidade hermenêutica” inerente ao dever de reparação de danos ambientais, dada a grande amplitude que teria assumido no Brasil - conforme farto repertório de precedentes do próprio STJ reproduzido no voto -, e porque se trataria de “direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal”<sup>273</sup>. Diante do conflito entre a definição de um prazo prescricional que poderia ser considerado *mais benéfico* ao causador do dano e uma tutela que militaria em favor do interesse da *coletividade*, haveria que se dar prevalência à *segunda* hipótese, de modo a se prestigiarem os atributos de *indisponibilidade* e *antecedência* que decorreriam do regime *jusfundamental* aplicado à higidez do meio ambiente<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> “A Constituição Federal, em seu art. 225, cuidou de proteger o meio ambiente, tratando-o como direito subjetivo de titularidade coletiva: (...) Sobre esse dispositivo, leciona Paulo Affonso Leme Machado: O uso do pronome indefinido – “todos” – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja. (...) A locução “todos têm direito” cria um direito subjetivo, oponível erga omnes, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF). (in Direito Ambiental Brasileiro, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, pág. 108). Pertinente também citar lição do Ministro Herman Benjamin sobre a conceituação do direito ao meio ambiente: Antes de mais nada, o bem jurídico tutelado integra a categoria daqueles valores fundamentais da nossa sociedade. Com a proteção do meio ambiente salvaguardamos não só a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das gerações futuras), mas as próprias bases da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos. Outro não é o sentido da norma constitucional brasileira ao caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem “essencial à sadia qualidade de vida”. (in Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 17-18, jan/mar. 1998). Além disso, segundo definiu o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do eminente Ministro Celso de Mello, direito ao meio ambiente é “um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incube ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.” (MS 22164, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1995, DJ 17.11.1995). É evidente, portanto, a natureza especial atribuída pela Constituição Federal de 1988 ao direito ao meio ambiente. (...) O ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera constitucional, como na esfera infraconstitucional, prevê normas específicas sobre a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, submetendo a responsabilidade civil, nessa matéria, a um regime jurídico especial e autônomo, distinto, em muitos aspectos, aos regimes de direito civil e administrativo”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1120117/AC*, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, Voto Min. Eliana Calmon, p. 9-10).

<sup>273</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1120117/AC*, *Op. Cit.*, Voto Min. Eliana Calmon, p. 11-13.

<sup>274</sup> “O ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera constitucional, como na esfera infraconstitucional, prevê normas específicas sobre a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, submetendo a responsabilidade civil, nessa matéria, a um regime jurídico especial e autônomo, distinto, em muitos aspectos, aos



### 3.3 PONDERAÇÃO, LEGITIMAÇÃO E NÃO RETROCESSO AMBIENTAL: NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA PARA DEMOLIÇÃO DE EDIFÍCIO (REsp 302.906/SP – 26/08/2010)

O acórdão *não unânime* proferido pela Segunda Turma do STJ no julgamento do REsp 302.906/SP, em 26/08/2010, e a produção acadêmica de seu respectivo Relator, Min. Herman Benjamin, são reconhecidos tanto na decisão do STF nas ADI 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42<sup>275</sup> quanto na doutrina jurídica<sup>276</sup> como referências para entendimento e aplicação do princípio do não retrocesso em matéria ambiental no país.

O caso se referiu a uma demanda de *nunciação de obra nova* com ação civil pública conexa. A discussão versou sobre a prevalência, para fins de construção em imóvel *urbano*, de restrições convencionais *particulares e pretéritas*, mais *restritivas*, em detrimento de normas *públicas e posteriores*, mais *permissivas*, do planejamento municipal. O que estava em jogo era a *demolição de edifício residencial* então localizado no bairro Alto da Lapa, São Paulo/SP.

Em seu voto, o Relator se inclinou pelo entendimento de que, mesmo havendo, no zoneamento da cidade, previsto em legislação municipal, a possibilidade de construção de prédio no imóvel (terreno) analisado na demanda, a existência de *convenção privada anterior*, *restritiva* dessa possibilidade, deveria se *sobrepôr* às disposições normativas *supervenientes* de caráter *geral*, ainda que mais *permissivas*<sup>277</sup>. Nessa perspectiva, restrições urbanísticas e ambientais *convencionais*, porventura estabelecidas em ato de registro de loteamento ou incorporação pretéritos, assumiriam caráter de obrigações *definitivas e propter rem*, em prol da *vizinhança* e de toda a *coletividade*, não mais sendo possível falar, consequentemente, em *direito adquirido a novos padrões gerais posteriores*<sup>278</sup>.

---

regimes de direito civil e administrativo”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1120117/AC... *Op. cit.*, Voto Min. Eliana Calmon, p. 14).

<sup>275</sup> Vide item 2.7: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4901..., *Op. cit.*, Voto do Min. Celso de Mello, p. 29 e 31.

<sup>276</sup> A título exemplificativo: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado ... Op. cit.*, p. 102.

<sup>277</sup> “Anoto que a discussão quanto ao zoneamento da cidade previsto pela legislação municipal, além de ser vedada no âmbito do STJ (direito local, Súmula 280/STF), fica prejudicada por essa determinação especial do art. 39 da Lei Municipal 8.001/73 a que se refere o acórdão recorrido (fl. 845). Significa dizer: mesmo que a lei de zoneamento permita a construção de altos prédios em determinada região, se determinados proprietários (loteador e adquirentes) resolverem criar um condomínio de casas, por exemplo, registrando a restrição convencional na forma da lei, essa convenção não infringe a normatização local, havendo de ser respeitada”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010, Voto Min. Herman Benjamin, p. 8).

<sup>278</sup> “De fato, modernamente há de se compreender as restrições urbanísticas e ambientais convencionadas pelo loteador, no momento da instituição do loteamento, como atributos garantidos em favor dos vizinhos, isto é, da sociedade, tanto dos vizinhos-internos (coletividade menor), como dos vizinhos-externos (coletividade maior) ao empreendimento. Vislumbra-se aí verdadeira estipulação em favor de terceiros, sem que com isso o próprio empreendedor perca o interesse em ver respeitadas as restrições estabelecidas. (...) é descabido falar-se em direito adquirido quando, na origem, se tem um não-direito, isto é, um expressa previsão contratual, legalmente válida,

A proposta do Relator suscitou polêmica na Segunda Turma, gerando não só *vistas*, *divergência* e *retificação* de posições, mas também apresentação de votos *individuais* por todos os participantes da sessão de julgamento, com definição da *maioria* vencedora somente pelo *voto de desempate* do Min. Mauro Campbell Marques.

Primeira a votar após o Relator, a Min. Eliana Calmon, inaugurando a *divergência*, compreendeu merecedora de prestígio a competência municipal para ordenação da ocupação do solo nas cidades. Na medida em que convenções gerais de interesse público-urbanístico seriam *prevalentes* sobre eventuais convenções privadas, não haveria como se albergar, no caso examinado, restrição lastreada precisamente em *pacto particular* que, à luz do ordenamento *público posterior*, teria passado a afetar o direito de livre uso da propriedade pelo respectivo titular<sup>279</sup>.

Já o Min. Castro Meira, invocando julgado do ano de 2003, relatado por Luiz Fux enquanto ministro no STJ<sup>280</sup>, deu provimento, no mérito, ao recurso, registrando entendimento da Primeira Turma da Corte, naquela oportunidade, no sentido de que, além de não poderem prevalecer sobre convenções de ordem pública, os efeitos de convenção particular somente seriam admitidos se as restrições porventura existentes constassem expressamente do respectivo instrumento de compra e venda e registro imobiliário, sob pena de não vincularem *terceiros de boa-fé*<sup>281</sup>.

---

de obrigação de não-fazer. Direito adquirido não é sinônimo de fato consumado. Ao contrário, como é do conhecimento geral, conta com seus pressupostos jurídicos, nenhum deles presentes nos autos. Por outro lado, as restrições urbanísticas e ambientais são mesmo perpétuas, no sentido que lhe confere o Direito das Coisas. Ou será que alguém defenderá que a obrigação de recuo, própria da licença urbanística, seria temporária? Essas obrigações que aderem ao título são mesmo temporalmente em aberto, pois integram a própria essência do direito de propriedade. Enquanto permanecer este, permanecerão aquelas”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP ...*, *Op. cit.*, p. 8, 9 e 12).

<sup>279</sup> “Assim, entendendo que a norma local pode extinguir regra oriunda de convenção das partes, se se verificar a incompatibilidade das regras particulares com a regra municipal, que representa o interesse público. Podemos, então, estabelecer que, em matéria de urbanização, a prioridade é a regra emanada do Município. Se acomodadas no seu seio, adquirem as regras convencionais caráter cogente. Se, diferentemente, em testilha com as normas municipais, a prevalência será das regras oficialmente públicas. (...) As cláusulas convencionais devem se harmonizar com as normas de postura municipal, como já visto, e dentro dessa harmonia terem até predominância, se mais restritivas. Entretanto, não podem, ao meu sentir, mudar ou alterar o sentido da norma pública, de forma a tornar os municípios reféns das restrições ou limitações convencionadas. Se assim fosse, teríamos o comando do interesse particular sobre o delineamento das áreas urbanas, decidindo os cidadãos – ainda que com as melhores intenções –, mas sem o caráter global e geral, por estarem equidistantes dos seus interesses primários, apesar de inseridos no contexto dos problemas sociais da municipalidade como um todo.”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP ...*, *Op. cit.*, Voto Min. Eliana Calmon, p. 5-7).

<sup>280</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp 289.093/SP*, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU de 20/10/2003.

<sup>281</sup> “Como se observa, em situação análoga, a Primeira Turma entendeu que deviam ser afastadas as restrições convencionais. Dos fundamentos utilizados pelo aresto paradigma, um deles me parece fundamental: o de que a não-reprodução das cláusulas convencionais apostas de forma manuscrita na escritura original, no instrumento de compra e venda do imóvel e no Registro Imobiliário, contraria o art. 26 da Lei nº 6.766/79. Se as cláusulas que restringiam o uso da propriedade lançadas na escritura original pelo primitivo proprietário não foram posteriormente transcritas para o instrumento de compra e venda e para o Registro Imobiliário, não operam efeitos

Delineando o caso como uma hipótese de “conflito interno de uma norma federal entre o direito de propriedade e seus limites em face de direitos vicinais e normas administrativas”, o Min. Humberto Martins, acompanhando a *divergência* com amparo no exame feito por Junqueira de Azevedo acerca do “problema das restrições negociais dispostas sobre a Avenida Brasil, no Jardim América”, entendeu que a *mudança superveniente* do planejamento urbano teria *esvaziado* as *bases restritivas* do negócio jurídico privado *antecedente*, apresentando-se como uma *modificação* de suas *circunstancias extrínsecas* e, como tais, de *impossível* prestação *posterior*<sup>282</sup>.

O Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz Convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua vez, em tom *pré-medieval*, lapidou voto com a seguinte assertiva, também dando provimento ao recurso extraordinário: “Permita-se, por ilustrativo, anotar velha lição extraída do direito romano, que se ajustaria, *mutatis mutandis*, à hipótese: *conventio privatorum juri publicum non derogat*”.

Formada *maioria* em *divergência*, e retornando o processo à vista do Min. Herman Benjamin, o Relator, em novo voto, dessa vez com 71 páginas, submeteu ao colegiado um amplo histórico do trâmite recursal e dos loteamentos-jardim de São Paulo, destacando as interferências e intercorrências jurídico-políticas e sociológicas no planejamento urbano e os benefícios das restrições urbanístico-ambientais convencionais, todas a justificarem prevalência de eventuais ajustes privados frente a normas de caráter geral porventura menos restritivas como forma de promoção do desenvolvimento equilibrado<sup>283</sup>.

---

para o terceiro de boa-fé, que adquiriu o domínio sem qualquer ciência das restrições que pairavam sobre a propriedade. (...) Assim, não observada a regra legal de que os instrumentos de compra e venda de lotes decorrentes de parcelamento do solo urbano devem indicar as restrições convencionais ao uso da propriedade, não há outra conclusão senão a de que as restrições não podem ser opostas ao adquirente de boa-fé se não foram devidamente transcritas nas operações imobiliárias posteriores.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Voto Min. Castro Meira, p. 2 e 4).

<sup>282</sup> “Caso semelhante ao dos autos foi posto ao exame do jurista Antonio Junqueira de Azevedo, Professor Titular de Direito Civil da tradicional Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, em 1997. Na ocasião, o renomado civilista analisava idêntico problema das restrições negociais dispostas sobre a Avenida Brasil, no Jardim América. Ali, como agora, estava em jogo o direito de construir, exercido com base nos “regulamentos administrativos” e confrontados pela existência de cláusulas convencionais do início do século XX. (...) (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p.320). Em outras passagens, o professor da USP salienta que houve notória alteração na base do negócio jurídico, a convenção restritiva. Ela não acompanhou a mudança de circunstâncias: “Em matéria de base do negócio, as conseqüências da perda do sentido da disposição negocial, pela modificação das circunstâncias extrínsecas, são as mesmas da impossibilidade superveniente da prestação.” Daí ser compreensível que “o crescimento da Cidade fez, na verdade, com que o fim, depois de atingido, fosse até mesmo ultrapassado, tornando sem sentido a declaração negocial de exigência das velhas restrições, considerando que essas restrições consubstanciam obrigações de não fazer (não construir sem obedecer a determinados recuos e não construir além da taxa de ocupação) e que a perda da base do negócio se equipara à impossibilidade superveniente...” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Op. cit.* p.317)”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Voto Min. Humberto Martins, p. 6).

<sup>283</sup> “Realmente, partindo-se do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado – isto é, na hipótese dos autos, do interesse da coletividade de municípios sobre a individualidade do município –, forçoso concluir que,

Somente a partir da página 20 do voto-vista apresentado pelo Relator aparece, como fundamento de decisão, o “princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental”. O argumento foi iniciado com a categórica afirmação de que somente seria lícita a *flexibilização de restrições urbanístico-ambientais* na hipótese de *inequívoco interesse público*, e sempre de forma *cabalmente motivada*<sup>284</sup>. Partindo da premissa de que o mundo contemporâneo seria marcado por *crescente escassez de espaços verdes* e *deterioração da qualidade de vida urbana*, o princípio do *não retrocesso* foi posicionado como “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual”<sup>285</sup>. Seu conteúdo foi preenchido, então, com uma proposta *ampliativa*, voltada a *maximizar* “sentido e eficácia da expressão *maior restrição*”.

Debruçando-se sobre a ponderação, até então majoritária, da Min. Eliana Calmon, no sentido de que compreender por *imutável* uma convenção particular anterior poderia ocasionar afronta às *necessidades urbanísticas atuais*, o Relator analisou a questão sob a ótica da *perenidade*, compreendendo necessária a manutenção das restrições particulares que, no caso, estariam a serviço do controle de interesses negociais passíveis de ofender o interesse coletivo<sup>286</sup>.

---

ao se aceitar a existência de restrições urbanístico-ambientais privadas, também se aceita que devem elas dialogar, e não divergir, com as normas municipais, estaduais e federais. Dialogar, sim; mas também impor maior rigor urbanístico-ambiental a essas exigências legais. (...) O processo de harmonização, parece-me, convida a um sentido mais amplo, pois deve levar em conta não só as “normas de postura municipal”, como ainda, por óbvio, as outras esferas legislativas incidentes na espécie e, mais importante, o arcabouço dos valores e princípios abrigados na Constituição de 1988 e nas Constituições Estaduais. (...) é lícito ampliar ou reduzir o padrão de standards urbanístico-ambientais instituídos convencionalmente pelos particulares? Sem dúvida, sempre lhe caberá – tão-só com a justificativa do comando constitucional que dele se exige, quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput) – dilatar as exigências e controles previstos nos atos constitutivos do loteamento. No Estado Social (e não era muito diferente, pelo menos em tese, no Ancien Régime), o interesse público prevalece sobre o privado”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP* ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 12-13; 19-18).

<sup>284</sup> Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de inequívoco interesse público, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária. Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP* ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 20-21).

<sup>285</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP* ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 21.

<sup>286</sup> “Ora, não se trata de imutabilidade, mas sim de perenidade, o que, acima observamos, é exatamente uma das qualidades das restrições convencionais. Como é curial, caso o Município entenda que determinados controles negociais ofendem o interesse coletivo e a função social da propriedade ou configuram abuso de direito, pode valer-se de diversos instrumentos para corrigir a distorção: desapropriação, parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo etc. (art. 182, § 4º, da CF). Cabe-lhe ainda buscar judicialmente a retificação do registro imobiliário para exclusão da restrição convencional que entender inválida. Nada disso foi feito”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP* ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 28).

A discussão foi deslocada, então, para o campo da *valoração do modelo de ocupação urbana* que poderia resultar da hipótese de manutenção da situação do edifício como *consolidada* ou *consumada*, destacando-se a urgência de recharacterização dos espaços das cidades para melhoria da qualidade de vida das pessoas e do equilíbrio ecológico<sup>287</sup>. Nem mesmo o argumento de que o STJ seria uma Corte de *teses jurídicas*, com *restrito* exame de circunstâncias fáticas, foi suficiente para infirmar a convicção manifestada de que o caso poderia ser apreciado em toda a dimensão trazida no voto-vista do Relator<sup>288</sup>. Afinal, a situação examinada retrataria “prova maior de traição aos ‘processos cósmicos e ecológicos que abraçam todos os seres’”, pondo “abaixo a qualidade urbanístico-ambiental da City Lapa, em favor de uma única construtora e em prejuízo de milhões de pessoas”.

As ponderações lançadas no voto-vista do Relator encontraram eco no Min. Castro Meira que, retificando seu voto anterior, se valeu do mesmo entendimento do voto-condutor do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo desafiado pelo REsp em julgamento, no sentido de que a discussão travada (se persistente lei local ou convenção particular) “é matéria de direito local”, razão pela qual seria inviável o reexame do caso pelo STJ<sup>289</sup>.

O voto de minerva, proferido pelo Min. Mauro Campbell Marques, aliou-se ao entendimento do Relator e do Min. Castro Meira, mas não sem salientar, de início, o caráter *emblemático* do julgamento em análise, devido, especialmente, ao amplo e difuso reflexo que a decisão tomada passaria a irradiar<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> “Como assim? Então hoje é menor o apelo e a necessidade de áreas verdes, praças e parques em São Paulo, sobretudo nos dois bairros afetados? Quem atentaria contra as “necessidades emergentes da Cidade”, uma incorporadora construtora que pretende, com exclusivo intuito comercial, construir espigão em bairro de casas unifamiliares ou o Movimento Defesa São Paulo, autor da Ação Civil Pública que impugna a licença urbanística, entidade que agrega mais de duzentas e cinquenta associações de bairros de São Paulo e conta com a participação de urbanistas e especialistas das várias áreas associadas ao direito à cidade, todos destituídos de qualquer interesse econômico nas causas que defendem?”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 40).

<sup>288</sup> “(...) isso não quer dizer que seus membros se recusem a ver os fatos como eles são, sobretudo aqueles que vagam, como corpos sem alma, abandonados ao relento por teses jurídicas assépticas e elegantes, que escondem a identidade e a realidade dos matizes da vida, condenando-as ao destino de eternos párias do mundo concreto, que é choramingar atenção do juiz. (...) O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará a si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar os erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar a cidade sustentável?”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Voto-vista Min. Herman Benjamin, p. 68 e 70).

<sup>289</sup> “O que quero dizer é que a análise feita pelo desembargador quanto à persistência da Lei nº 8.001/73 e a alteração que houve posteriormente quanto ao superveniente diploma legal é matéria de Direito local. Evidentemente que, numa situação dessa, em que quem melhor conhece São Paulo é o legislador municipal paulista - ademais, como se trata de Direito local -, não posso insurgir-me quanto ao que foi acolhido pelo Tribunal de Justiça no particular”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Retificação de voto Min. Castro Meira, p. 3).

<sup>290</sup> “É estimulante perceber que o Processo Civil pode contribuir para a união de moradores de um bairro de uma cidade extremamente cosmopolita e multifacetada como é São Paulo, tudo em prol de interesses urbanísticos comuns. Demandas como esta de todo me sensibilizam porque expõem aquilo que de melhor se pode aproveitar do Direito,



A solução dada ao final, novamente invocando-se a preponderância de restrições convencionais privadas mais protetivas em detrimento de normas gerais mais permissivas, foi pelo *desprovemento* do Recurso Especial, com conseqüente manutenção do acórdão de origem que determinou a *demolição* do edifício e recuperação do local ao *status* urbano-ambiental *anterior*<sup>291</sup>.

Assim, o princípio do *não retrocesso* foi compreendido pela jurisprudência do STJ como sendo dotado de conteúdo e aptidão suficientes para se legitimarem restrições a modificações de padrões pretéritos de sustentabilidade, inclusive com chancela da possibilidade de prevalência de convenções particulares mais restritivas em detrimento da legislação geral a priori mais permissiva<sup>292</sup>.

### 3.4 HERMENÊUTICA PRÓPRIA, INTEGRAÇÃO INTERPRETATIVA E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: REPARAÇÃO INTEGRAL DO MEIO AMBIENTE (TESE 1 – 18/03/2015; SÚMULA 629/2018 - REsp 1.269.494/MG – 01/10/2013; REsp 1.328.753/MG – 03/02/2015)

A primeira tese (“Tese 1”) publicada pelo STJ na revista “Jurisprudência em Teses” (nº 30, de 18/03/2015<sup>293</sup>), em consolidação da jurisprudência ambiental da Corte, foi no sentido de estabelecer que “Admite-se a condenação simultânea e cumulativa das obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar na reparação integral do meio ambiente”. O entendimento, consolidado em Dezembro de 2018 na Súmula nº 629<sup>294</sup>, foi fixado a partir de cinco acórdãos centrais<sup>295</sup>, dentre os quais foram selecionados, para apresentação detalhada neste item, o REsp 1.269.494/MG e o REsp 1.328.753/MG.

---

que é sua aptidão para, se não mudar completamente, ao menos conformar certos fatos ao interesse público. Para quem pensou um dia que o cinza paulista poderia significar metaforicamente apatia ou distanciamento em relação a problemas do meio ambiente urbano, ledo engano”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP ..., *Op. cit.*, Voto de desempate Min. Mauro Campbell Marques, p. 1).

<sup>291</sup> “Por isto, afasto eventual alegação de abusividade das cláusulas contratuais restritivas do direito de construir – abuso de direito este permeável ao princípio da legalidade, porque a conduta, ainda que não vedada, poderia ser abusiva sob outras perspectivas – e também a alegada necessidade de revisão das mesmas sob o pálio da atual conjuntura urbana de São Paulo. Toda esta digressão serve, a meu sentir, para demonstrar que a discussão acerca dos limites e possibilidades dos direitos de propriedade e de construir encerra-se quando fica fixada a validade das restrições urbanísticas convencionais”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP ..., *Op. cit.*, p. 9).

<sup>292</sup> No que se refere ao princípio em exame, a ementa do acórdão recebeu a seguinte redação: “11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 302.906/SP... *Op. cit.*).

<sup>293</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. n. 30. Brasília: STJ, 13/05/2015, disponível em [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf), acesso em 31/12/2018.

<sup>294</sup> “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 629/2018).

<sup>295</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.264.250/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 03/11/2011; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.328.753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 28/05/2013; BRASIL. SUPERIOR

O REsp 1.269.494/MG, relatado pela Min. Eliana Calmon, se refere à decisão *unânime* da Segunda Turma que, em caso no qual se discutia a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer com indenização pecuniária, além do cabimento de condenação por danos morais coletivos, conferiu *hermenêutica própria*, fundada nos *valores constitucionais*, ao mandamento de proteção do meio ambiente. Compreendendo necessária, na espécie, uma *integração interpretativa* que confira *máxima eficácia* à preservação da natureza, defendeu que a metodologia de julgamento tivesse em vista o princípio *in dubio pro natura*, o qual se destinaria precisamente à elucidação de casos em que se verifique alguma dúvida ou “anomalia técnica”<sup>296</sup>.

Essa mesma linha de raciocínio foi reiterada, posteriormente, quando do julgamento do REsp 1.328.753/MG, no qual o STJ foi instado a se pronunciar quanto à legalidade de outro acórdão oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Naquele caso, também foi considerada *inviável* a possibilidade de cumulação de condenação à reparação ambiental *in natura* e de *indenização pecuniária* por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, movida pelo Ministério Público Estadual em face de particular, por supressão de vegetação nativa e edificação irregular em área de preservação permanente.

Sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, a Segunda Turma mais uma vez compreendeu que, frente ao “conteúdo ético intergeracional” das normas de proteção ambiental, emanaria do preceito geral de aplicação das leis, em atendimento a seus fins sociais e ao bem comum, a possibilidade de solução de “dúvida ou outra anomalia técnico-redacional” mediante *interpretação integrativa* “de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*”<sup>297</sup>. Para o Relator, da “interpretação sistemática das normas e princípios ambientais” resultaria um *dever associado de reparação integral* (“irmão siamês do princípio do poluidor-pagador”) que evitaria, por sua vez, uma projeção *moral e social de impunidade* nos casos de agressão à natureza<sup>298</sup>.

---

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 24/09/2013; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.415.062/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 13/05/2014; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.307.938/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 16/06/2014.

<sup>296</sup> “Ainda, deve o magistrado, ao aplicar as normas de Direito Ambiental, considerar o comando do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para ‘atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. Derivado dessa regra é o caso em que, havendo dúvida ou alguma anomalia técnica, a norma ambiental deve ser interpretada ou integrada de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Portanto, a recuperação da área degradada não exime o degradador do meio ambiente da responsabilidade pelo pagamento de indenização. A interpretação sistemática das normas que integram o elenco constitucional e infraconstitucional de proteção ao meio ambiente permite a cumulação de pedidos em ação civil pública ambiental, visando ao cumprimento do princípio da máxima reparação do dano”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.269.494/MG... Op. Cit., Voto Min. Eliana Calmon, p. 5).

<sup>297</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.328.753/MG... Op. cit., Voto Min. Herman Benjamin, p. 8-9.

<sup>298</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.328.753/MG... Op. cit., Voto Min. Herman Benjamin, p. 4-5.

Essa leitura, direcionada à identificação do *status quo* ambiental e social “pré-dano”, é a que propiciaria, segundo a visão do Min. Herman Benjamin, melhores resultados para uma prática jurisdicional à luz da “ratio essendi” das normas de proteção de interesses difusos e coletivos, remetendo-se, finalmente, conforme o pensamento de Ricardo Lorenzetti, à dimensão dos *direitos fundamentais* e à *exegese da máxima efetividade* das garantias constitucionais e legais<sup>299</sup>.

### 3.5 REGIME JUSFUNDAMENTAL: INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO (TESE 3 – 18/03/2015; SÚMULA 613/2018 - REsp 948.921/SP – 23/10/2007)

A Súmula nº 613 do STJ é oriunda de decisão proferida pela Primeira Seção no dia 09/05/2018, na qual se aprovou a seguinte ementa: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”. Foram indicados como representativos desse entendimento os acórdãos do AgRg no REsp 1.491.027/PB (13/10/2015), AgRg no REsp 1.494.681/MS (03/11/2015), AgRg no RMS 28.220/DF (18/04/2017) e REsp 948.921/SP (23/10/2007).

Seu conteúdo guarda correspondência com a “Tese 3” da publicação “Jurisprudência em Teses”<sup>300</sup> do mesmo tribunal, segundo a qual: “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador”. Os julgados paradigmas referenciados foram, por sua vez, o REsp 1.172.553/PR<sup>301</sup>, AgRg no REsp 1.367.968/SP<sup>302</sup>, EDcl nos EDcl no Ag 1.323.337/SP<sup>303</sup>, e REsp 948.921/SP<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> “Assim é precisamente porque, convém lembrar, toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma. Aqui, ensina Ricardo Lorenzetti, lastreado em precedentes da Corte Suprema argentina, o juiz, como de resto em todo o campo dos direitos fundamentais, é um garimpeiro da exegese em favor da efetividade das garantias constitucionais e legais, fugindo de interpretações que aceitem como legítimas, ou referendem, as condutas coibidas pelo legislador ou que cumpram o comando legal de modo aparente, perfunctório ou parcial, pois, a ser diferente, estará legitimando, pela via transversa, precisamente o comportamento ou dano que a norma pretendeu evitar ou reprimir (Teoria del Derecho Ambiental, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 55-56)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.328.753/MG... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 9).

<sup>300</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. n. 30. *Op. cit.*

<sup>301</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.172.553/PR. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, Julgado em 27/05/2014.

<sup>302</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.367.968/SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 17/12/2013.

<sup>303</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl nos EDcl no Ag 1.323.337/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 22/11/2011.

<sup>304</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 948.921/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 23/10/2007.

Desse universo, compreende-se que o acórdão do REsp 948.921/SP é o que mais se aprofundou na exposição do referencial teórico eleito para orientação do julgamento, além de ter sido citado em praticamente todos os demais. Nele, a Segunda Turma do STJ reexaminou decisão colegiada do Tribunal de Justiça de São Paulo que, por sua vez, negou provimento à apelação de empresa do setor sucroalcooleiro condenada em ação civil pública à obrigação de restauração de área de vegetação desmatada antes da aquisição do respectivo imóvel pelo recorrente para cultivo de cana-de-açúcar.

A solução encontrada pelo Relator, Min. Herman Benjamin, acolhida por *unanimidade*, foi no sentido de que, do art. 225 da Constituição, no qual se fundaria, dentre outros preceitos, a “função ecológica da propriedade”, decorreriam “pressupostos intrínsecos ou limites internos do direito de propriedade e posse”, dos quais se extrairia, por sua vez, uma obrigação de caráter *propter rem* consistente na preservação, recomposição, compensação e averbação da vegetação nativa localizada em áreas de preservação permanente e de reserva legal<sup>305</sup>.

O REsp foi, então, *desprovido*, enunciando-se, no item 3 da ementa do respectivo acórdão, comando normativo em *contraposição* à teoria do fato consumado<sup>306</sup>, sob as perspectivas de que situações de ilícito ambiental não se convalidariam no tempo e de que a obrigação civil de cessação e reparação deveria seguir o imóvel, transmitindo-se, conseqüentemente, aos futuros proprietários<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> “As Áreas de Preservação Permanente (APPs) e a Reserva Legal densificam e concretizam a função ecológica da propriedade (arts. 170, VI, 186, II, e 225, da Constituição Federal), incidindo, sob percentuais variados, em todos os biomas brasileiros (Amazônia, Mata Atlântica, Cerrado, Caatinga, Pantanal e Campos Gerais), sendo irrelevante a fitofisionomia da vegetação nativa existente ou que existia na gleba (florestal, arbustiva, herbácea, rasteira ou rarefeita). Resguardar o que se tem, mas também o que se deveria ter, eis o objetivo do legislador. Daí o dever de recuperar o se degradou. No ordenamento infraconstitucional, as APPs e a Reserva Legal representam os pilares dorsais da conservação in situ da flora no Brasil, centralidade essa alicerçada no Código Florestal e na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Apresentam-se como imposições genéricas, decorrentes diretamente da lei. São, por esse enfoque, pressupostos intrínsecos ou limites internos do direito de propriedade e posse. Conseqüentemente, as obrigações daí decorrentes trazem clara natureza *propter rem* (= em razão da coisa), isto é, aderem ao titular do direito real e acompanham os novos proprietários e possuidores ad infinitum, independentemente de sua manifestação de vontade, expressa ou tácita. Se a coisa muda de dono, muda, por igual e automaticamente, a obrigação de devedor, exista ou não cláusula contratual a respeito, cuide-se de sucessão a título singular ou universal. (...) Quem se beneficia da degradação ambiental alheia, a agrava ou lhe dá continuidade não é menos degradador. Por isso, o legislador se encarrega de responsabilizar o novo proprietário pela cura do malfeito do seu antecessor. Isso vale para o desmatamento, para a poluição das águas e a erosão do solo”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 948.921/SP... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 8-9).

<sup>306</sup> “3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou possessor para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. 4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em conseqüência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 948.921/SP... *Op. cit.*, Ementa).

<sup>307</sup> Conforme “Tese 9” da publicação “Jurisprudência em Teses”, nº 30, do STJ, segundo a qual: “A obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a

Observa-se que esse raciocínio (não convalidação temporal de ilícitos ambientais) foi sendo construído a partir de situações concretas *diversas* (i. e., *não semelhantes* quanto aos fatos subjacentes) em que o STJ compreendeu existente intolerável continuidade de conduta efetiva ou potencialmente lesiva à proteção do meio ambiente - tanto sob o ponto de vista formal quanto material.

No caso do AgRg no REsp 1.367.968/SP, por exemplo, a discussão versava sobre a incidência ou não de disposições posteriores, *a priori* mais benéficas, da nova lei florestal nacional (Lei Federal 12.651/2012) como argumento para convalidação de eventual não observância de limites mínimos de preservação da legislação anterior revogada (Código Florestal - Lei Federal 4.771/1965). No seu voto-vista, em que acompanhou o Relator (Min. Humberto Martins), a Min. Eliana Calmon registrou que não haveria “direito adquirido à devastação”, nem “salvo conduto à continuidade de atos proibidos”<sup>308</sup>.

Já no REsp 1172553/PR, foi reconhecida a inadequação da utilização do EIA/RIMA previsto no art. 225, §1º, IV, da Constituição, para diagnóstico e prognóstico no caso de uma usina hidrelétrica construída antes mesmo da regulamentação daquele instituto e em operação desde 1971. A Corte compreendeu, à luz do regime *jusfundamental* do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, que não haveria “direito adquirido de agredir a natureza”. Todavia, seria possível, em substituição, a realização de perícia técnica para “aquilatar os impactos físicos e econômicos decorrentes das atividades desenvolvidas pela Usina Hidrelétrica de Chavantes, especialmente no Município autor da demanda (Santana do Itararé/PR)”<sup>309</sup>.

---

deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses. Op. cit.*). Esse entendimento foi objeto da Súmula nº 623, aprovada pela Primeira Seção em Dezembro/2018, com a seguinte ementa: ““As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 623/2018).

<sup>308</sup> “Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988). Assim, em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, pois o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente e que 'décadas de uso ilícito da propriedade não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente' (REsp 948.921/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.367.968/SP... Op. cit.*, Voto-vista Min. Eliana Calmon, p 2.).

<sup>309</sup> “4. A natureza do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - fundamental e difusa - não confere ao empreendedor direito adquirido de, por meio do desenvolvimento de sua atividade, agredir a natureza, ocasionando prejuízos de diversas ordens à presente e futura gerações. 5. Atrita com o senso lógico, contudo, pretender a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) num empreendimento que está em atividade desde 1971, isto é, há 43 anos. 6. Entretanto, impõe-se a realização, em cabível substituição, de perícia técnica no intuito de aquilatar os impactos físicos e econômicos decorrentes das atividades desenvolvidas pela Usina Hidrelétrica de



3.6 REGIME JUSFUNDAMENTAL E INTERPRETAÇÃO INTERLIGADA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL (TESE 4 – 18/03/2015; SÚMULA 618/2018 - REsp 1.049.822/RS - 23/04/2009, REsp 883.656/RS - 09/03/2010, AgRg no AREsp 206.748/SP - 19/10/2010, REsp 1.237.893/SP - 24/09/2013)

Publicada em 24/10/2018, a Súmula nº 618, se alinhando à corrente doutrinária que defende a *adequação* da técnica e instrumentos processuais às peculiaridades do *direito material* envolvido em cada causa, consolidou entendimento do STJ no sentido de que “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”. Uma série de 12 acórdãos, sendo o mais antigo de 2009 e mais recente de 2017, foi indicada como representativa da tese firmada<sup>310</sup>.

Na publicação “Jurisprudência em Teses”, corresponde à “Tese 4”, a qual indica, por sua vez, que o entendimento seria radicado no *princípio da precaução*, tendo por implicação prática a imposição, ao acusado, do encargo de afastar a autoria ou de comprovar a não lesividade da conduta para o meio ambiente (materialidade)<sup>311</sup>. Cinco acórdãos foram selecionados em exemplificação dos casos nos quais o entendimento foi aplicado: REsp 1.049.822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma (23/04/2009); REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma (09/03/2010); AgRg no REsp 1.192.569/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma (19/10/2010); AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma (21/02/2013); e REsp 1.237.893/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma (24/09/2013).

---

Chavantes, especialmente no Município autor da demanda (Santana do Itararé/PR). 7. Recurso especial parcialmente provido”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.172.553/PR... Op. cit., Ementa). No voto do Relator, houve inclusive referência ao pensamento de Rui Barbosa para justificar a solução oferecida ante a “realidade fática” e o “contexto do caso concreto”: “Desse modo, na sempre valiosa lição de RUI BARBOSA, “O bem está na adaptação dos meios a fins úteis” (Migalhas de Rui Barbosa. Migalhas: São Paulo, 2010. nº 423)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.172.553/PR... Op. cit., Voto Min. Arnaldo Esteves, p. 8).

<sup>310</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS, Decisão: 23/04/2009; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.060.753/SP, Decisão: 01/12/2009; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 883.656/RS, Decisão: 09/03/2010; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.330.027/SP, Decisão: 06/11/2012; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 206.748/SP, Decisão: 21/02/2013; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.237.893/SP, Decisão: 24/09/2013; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.517.403/AL, Decisão: 25/08/2015; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 533.786/RJ, Decisão: 22/09/2015; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 183.202/SP, Decisão: 10/11/2015; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 846.996/RO, Decisão: 04/10/2016; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 779.250/SP, Decisão: 06/12/2016; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1.090.084/MG, Decisão: 21/11/2017.

<sup>311</sup> “4) O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em teses. Op. cit.).

Ambas as fontes têm em comum o REsp 1.049.822/RS, o REsp 883.656/RS, o AgRg no AREsp 206.748/SP e o REsp 1.237.893/SP. Esses quatro julgados serão alvo de maior detalhamento neste item.

O REsp 1.049.822/RS levou à Primeira Turma do STJ o reexame de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em sede de agravo de instrumento, manteve decisão de primeiro grau que determinou a inversão do ônus probatório em ação civil pública ajuizada em face de empresa do setor ferroviário para recuperação de dano ambiental. O objetivo da prova teria sido verificar se *queimadas* teriam decorrido de “fagulhamento gerado pelo deslocamento das composições ferroviárias”. A controvérsia se referia ao adiantamento de custas de honorários periciais, “tendo o Tribunal a quo, interpretando o artigo 6º, do CDC e artigo 18, da Lei da Ação Civil Pública, entendido que o Parquet está em franca desvantagem com o demandado”<sup>312</sup>.

O voto do Relator, Min. Francisco Falcão, se deu mediante *transcrição literal* (entre aspas) de *13 argumentos* apresentados no parecer da Procuradoria Geral da República. Dentre eles, destacou-se a ideia de que o interesse público envolvido na conservação e recuperação do meio ambiente degradado justificaria a transferência, para o empreendedor, de todo o “encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bastando que haja um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação”<sup>313</sup>. Nessa perspectiva, o art. 6º do CDC incidiria por analogia, mas não em favor do Ministério Público, e sim da coletividade, a quem se reconheceria, na espécie, a condição de hipossuficiente<sup>314</sup>. O raciocínio estaria fundado no *princípio da precaução*, o qual *sempre* retiraria da “agência de proteção ao meio ambiente”, o encargo de demonstrar a inoccorrência do dano<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma (23/04/2009), Voto Min. Francisco Falcão, p. 3.

<sup>313</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS... Op. cit., Voto Min. Francisco Falcão, p. 5.

<sup>314</sup> “14. Denota-se que a existência de “hipossuficiência do consumidor”, argüida pelo recorrente como necessária para possibilitar a inversão da prova, não refere-se, no caso, ao Ministério Público, mas sim, alude a coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS... Op. cit., Voto Min. Francisco Falcão, p. 6).

<sup>315</sup> “16. Para esclarecer melhor essa inversão do ônus da prova no princípio da precaução, reporto-me a excerto de artigo próprio, publicado na obra “O Direito para o Brasil Socioambiental”: “(...) O princípio da precaução sugere, então, que o ônus da prova seja sempre invertido de maneira que o produtor, empreendimento, ou responsável técnico tenham que demonstrar a ausência de perigo ou dano decorrente do uso da referida substância, ao invés da agência de proteção ao meio ambiente ou os cidadãos terem que provar os efeitos nefastos de uma substância danosa à saúde humana ou ao ambiente”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS... Op. cit., *idem*).

Houve *divergência* do Min. Teori Zavascki sob a perspectiva de que o regime da ação civil pública *não importaria* obrigação de adiantamento de custas à parte demandada. Para ele, não haveria “razão lógica ou jurídica, todavia, para simplesmente carregar ao réu o encargo de financiar ações civis públicas contra ele movidas”<sup>316</sup>. Entendendo distintos os conceitos de “inversão do ônus da prova” e “inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais”, não viu justificativa para que o Ministério Público usufruísse de benefício processual distinto daquele a que faria jus a Fazenda Pública, consoante Súmula nº 232 do STJ<sup>317</sup>.

O Min. Bendito Gonçalves, por sua vez, votando em seguida, acompanhou o Relator, compreendendo que, por se tratar, na espécie, *de processo coletivo ambiental*, poderiam ser mitigadas as regras processuais ordinárias quanto à distribuição do ônus probatório, conforme decida o juiz diante das peculiaridades de cada caso concreto (direito material envolvido e até mesmo complexidade da prova a ser produzida).<sup>318</sup> O voto do Min. Luiz Fux encerrou o julgamento se filiando à corrente majoritária, mas sob fundamento diverso. Para ele, a distribuição do ônus da prova se daria conforme a percepção (convicção) do magistrado em relação à melhor forma de se esclarecer a controvérsia posta em uma demanda, de modo que o enfrentamento dessa questão encontraria óbice na Súmula nº 7 da Corte, a qual considera inviável a interposição de recurso especial com vistas a reexame probatório<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.049.822/RS... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 3.

<sup>317</sup> “2. Por outro lado, não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais. Quando a lei atribui a uma das partes o ônus da prova (ou permite a sua inversão), certamente não está determinando que, além desse ônus processual próprio, a parte contrária fique obrigada também a suportar as despesas de realização da prova requerida pela parte adversa (que, se a requereu, é porque tinha o ônus processual de produzi-la). Sobre o tema, a 1ª Turma pronunciou-se nos termos da seguinte ementa no julgamento do REsp 538.807/RS, DJ 07.11.2006: (...) Ainda sobre o tema, a Súmula 232 desta Corte assim dispõe que “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. Tudo recomenda que esse mesmo entendimento se aplique ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civis públicas.” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.049.822/RS... Op. cit.*, Voto Min. Teori Zavascki, p. 4-5).

<sup>318</sup> “Assim, entendo que as regras contidas no art. 33 do CPC sofrem mitigação no processo coletivo, pois há ordem legal própria a disciplinar a questão e deve ser aplicada (...) E, neste ponto, convém alertar que o dano ambiental pode vir a ser local, regional, nacional ou mesmo transnacional, o que deve ser levado em conta em cada caso pelo magistrado para determinar a quem deve ser conduzido o ônus financeiro antecipado da prova, sob pena de, ou inviabilizar a tutela coletiva ambiental, direito indisponível do ser humano, ou, por outro lado, onerar, em demasia, o Estado ou réu, este último podendo ser o próprio Estado, ou seja, uma das pessoas jurídicas de direito público que o representam em última ratio. Noutro passo, é de se observar também que a perícia em questões ambientais, tendo em vista a utilização de métodos técnicos ou científicos, muitas vezes de alta tecnologia, pode apresentar-se mais onerosa que a própria pretensão, o que conduziria ao desprestígio do resultado útil do processo, isto é, a reparação do dano”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.049.822/RS... Op. cit.*, Voto Min. Benedito Gonçalves, p. 5-7).

<sup>319</sup> “Acompanho o E. Relator por outros fundamentos assim enumerados: A inversão do ônus da prova pressupõe a melhor aptidão de determinada parte carrear para os autos elementos de convicção, aferição que escapa à

No julgamento do REsp 883.656/RS, relatado pelo Min. Herman Benjamin, a Segunda Turma ampliou consideravelmente, por unanimidade, o espectro de análise dos fundamentos da inversão do ônus da prova em processos coletivos ambientais. Conforme o voto do Relator, o regime geral (ou comum) de distribuição do ônus da prova seria *estático* e, assim, incompatível com o *dinamismo processual* que se faria necessário para cumprimento dos mandamentos constitucionais de resguardo de *interesses supra individuais*. Esse entendimento seria observável tanto nos ordenamentos de tradição de *civil law* quanto de *common law*, radicando-se em preceitos contemporâneos de *isonomia processual*, *solidariedade* e *efetividade de direitos* pela via do *amplo acesso à jurisdição*<sup>320</sup>. Tais ideias estariam, portanto, subjacentes à *justificação* de exceções às regras tradicionais do processo comum, de “índole individualista-liberal”, as quais encontrariam amplo amparo na prática forense e em abalizadas orientações doutrinárias sobre a possibilidade de adequação do processo coletivo ambiental pelo juiz de acordo com as necessidades do caso concreto<sup>321</sup>.

---

apreciação do STJ por força da Súmula 7/STJ. Deveras, uma vez invertido o onus probandi, a parte responsável pela prova deve custeá-la, salvo nas hipóteses de assistência judiciária gratuita. A inversão do ônus da prova acarreta inevitavelmente a inversão da responsabilidade pela despesa judicial, hipótese diversa daquela que em que inverte-se, sem qualquer fundamento, apenas o ônus financeiro”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.049.822/RS... Op. cit., Voto Min. Luiz Fux, p. 3).

<sup>320</sup> “O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. Considerando que, atualmente, os interesses supraindividuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC. Tal tarefa vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de civil law, seja de common law, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à Justiça”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 883.656/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma (09/03/2010). Voto Min. Herman Benjamin, p 4-5).

<sup>321</sup> “Do alto de sua sólida bagagem intelectual e experiência de várias décadas como juiz, desembargador e professor, muito bem indica o processualista Antonio Janyr Dall'Agnol Junior que a solução alvitada, em abrandamento da técnica fechada do art. 333 do CPC, “tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). (...) Realmente, não é de hoje que Jorge W. Peyrano e seus discípulos criticam a “maneira demasiadamente rígida” das regras que disciplinam a prova, exatamente por deixarem de considerar “as circunstâncias do caso” e as “situações singulares”, o que impossibilita “servir à justiça do caso levado à instância judicial, serviço, bem sabemos, que é a meta do processo civil contemporâneo” (Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, Lineamentos de las cargas probatorias “dinâmicas”, in El Derecho: Jurisprudência General, Tomo 107, Buenos Aires, 1984, pp. 1.006/1.007). (...) Registro que a inversão do ônus da prova, em matéria ambiental, é amplamente sustentada pela melhor doutrina brasileira. Para Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 181, grifei), a norma do art. 6º, VIII, do CDC (...) tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Dessa forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais”. (...) Celso Antonio Pacheco Fiorillo, por sua vez, defende que o tratamento



A inversão do ônus da prova se consagraria, assim, “base do princípio in dubio pro natura”, favorecendo, além de maior dinamismo instrutório, “uma atuação mais incisiva e proativa do juiz”<sup>322</sup>.

---

diferenciado se justifica pelo desequilíbrio na relação entre o poluidor e a vítima, a par do real sentido do princípio da igualdade (Princípios do Direito Processual Ambiental, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 66-67, grifei): O conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito processual ambiental irá refletir, conforme pudemos observar, em todos os aspectos instrumentais aplicáveis à defesa em juízo do meio ambiente. Daí se admitir no direito processual ambiental (a exemplo do que ocorre nos subsistemas antes referidos, em que se reconhece uma das partes como mais fraca em face de determinada relação jurídica) a necessidade de adotar alguns mecanismos destinados a “equilibrar” a relação poluidor/pessoa humana; é a hipótese de mencionar, a exemplo do que ocorre no direito das relações de consumo, a possibilidade de inverter o ônus da prova estatuído no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, em proveito do conteúdo do princípio da isonomia no direito ambiental brasileiro. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart observam que a inversão do ônus probatório tem a ver com a necessidade de se viabilizarem as transformações pregadas pelo Direito material, como na defesa do meio ambiente, não se limitando à hipótese da proteção do consumidor (Processo de Conhecimento, 7ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 272, grifos no original): A idéia de que somente as relações de consumo reclamam a inversão do ônus da prova não tem sustentação. Considerada a natureza das relações de consumo, é certo que ao consumidor não pode ser imputado o ônus de provar certos fatos (...). Porém, isso não quer dizer que não existam outras situações de direito substancial que exijam a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da sua regra, contentando-se com a verossimilhança. Basta pensar nas chamadas atividades perigosas, ou na responsabilidade pelo perigo, bem como nos casos em que a responsabilidade se relaciona com a violação de deveres legais, quando o juiz não pode aplicar a regra do ônus da prova como se estivesse frente a um caso “comum”, exigindo que o autor prove a causalidade entre a atividade e o dano e entre a violação do dever e o dano sofrido. (...) Na mesma linha a lição de Didier, Sarno e Oliveira: Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (...). (Fredie Didier Jr. et alii, Curso de Direito Processual Civil, Salvador, Editora PODIVM, 2007, vol. 2, p. 62). Centrado nos reflexos processuais do princípio da precaução, esclarece o Magistrado paulista Álvaro Luiz Valery Mirra (Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente, 2ª ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 268, grifos meus): Como decorrência da substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade, consagrado com o advento do princípio da precaução, pode-se dizer que, nas ações ambientais, para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos e com base científica, que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente. (...) Com maior razão nos processos coletivos, espera-se do juiz uma postura atenta, não só no *officium* de gestor da lide, mas na posição de administrador cuidadoso da qualidade material do processo e da garantia do acesso à Justiça, em particular porque só ele se encontra em condições de salvaguardar os direitos dos sujeitos ausentes, nomeadamente as gerações futuras”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 883.656/RS... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 5-12).

<sup>322</sup> “No campo do Direito Ambiental, aplicáveis com maior razão os fundamentos teórico-dogmáticos do ônus dinâmico, acima aludidos. Mas não é só. A própria natureza indisponível do bem jurídico protegido (o meio ambiente), de projeção intergeracional, certamente favorece uma atuação mais incisiva e proativa do juiz, que seja para salvaguardar os interesses dos incontáveis sujeitos-ausentes, por vezes toda a humanidade e as gerações futuras. Ademais, o cunho processual do art. 6º, VIII, do CDC liberta essa regra da vinculação exclusiva ou confinamento à relação jurídica de consumo. Por derradeiro, a incidência do princípio da precaução, ele próprio transmissor por excelência de inversão probatória, base do princípio in dubio pro natura, induz igual resultado na dinâmica da prova, aliás como expressamente reconhecido pelo STJ, conforme precedentes adiante transcritos. Manifestação jurídica da complexidade dos processos ecológicos e da crescente estima ética, política e legal da garantia de qualidade ambiental, o princípio in dubio pro natura, na sua acepção processual, encontra suas origens remotas no tradicional princípio in dubio pro damnato (= na dúvida, em favor do prejudicado ou vítima), utilizado nomeadamente na tutela da integridade física das pessoas. Ninguém questiona que, como direito fundamental das presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado reclama tutela judicial abrangente, eficaz e eficiente, não se contentando com iniciativas materiais e processuais retóricas, cosméticas, teatrais ou de fantasia. Consequentemente, o Direito Processual Civil deve ser compatibilizado com essa prioridade,



O que se invoca, nessa leitura, é uma postura ética *proativa e precavida* daquele que pretenda se posicionar como não causador de dano, no sentido de assumir e adotar todos os meios e encargos relacionados à prova, independentemente do que esteja acessível aos demais atores processuais<sup>323</sup>. A conclusão foi, então, no sentido de que a inversão do ônus da prova em processos ambientais possuiria fundamentos tanto de “ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis”, estas últimas sob a perspectiva da *hipossuficiência da vítima, plausibilidade do direito* ou demais aspectos a partir dos quais o juiz possa melhor decidir o encaminhamento da solução da demanda<sup>324</sup>.

Já no AgRg no AREsp 206.748/SP, relatado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma o STJ também compreendeu, por *unanimidade* de votos, no âmbito de demanda na qual se discutia indenização a pescadores em razão de danos decorrentes da construção de usina hidrelétrica, que bastaria *nexo causal provável* entre a *atividade da parte demandada* e a *aventada degradação* para se transferir à primeira todo o encargo probatório quanto à inexistência de riscos para o meio ambiente ou de indenizar por danos causados. Esse entendimento decorreria de “interpretação interligada das leis aplicáveis ao caso”<sup>325</sup>.

---

constitucional e legal, dado o seu caráter instrumental, mas nem por isso menos poderoso e decisivo na viabilização ou negação do desiderato maior do legislador – uma genuína e objetiva facilitação do acesso à Justiça para os litígios ambientais”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 883.656/RS... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 7-8).

<sup>323</sup> “Por sua vez, o princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo Direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade. Dito de outra forma, pode-se dizer que, no contexto do Direito Ambiental, o adágio *in dubio pro reo* é transmutado, no rastro do princípio da precaução, em *in dubio pro natura*, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e da biota. Tal, por óbvio, “coloca a responsabilidade pela demonstração da segurança naqueles que conduzem atividades potencialmente perigosas”, o que simboliza claramente “um novo paradigma: antes, o poluidor se beneficiava da dúvida científica; doravante, a dúvida funcionará em benefício do ambiente” (Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 203)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 883.656/RS... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 8).

<sup>324</sup> “Numa palavra, no Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 883.656/RS... *Op. cit.*, Voto Min. Herman Benjamin, p. 13-14).

<sup>325</sup> “Nesse contexto, portanto, bastando que haja um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação, como foi o caso dos autos, deve ser transferida para a concessionária todo o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados. Ademais, a inversão do ônus da prova ainda recebe reforço na interpretação interligada das leis aplicáveis ao caso”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp* 206.748/SP. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma (21/02/2013), Voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 12).

Adotando como razões de decidir um voto por ele mesmo proferido anteriormente no REsp 1.330.027/SP (06/11/2012), o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva registrou que o direito ambiental seria regido por princípios próprios, especialmente o da precaução, o qual evocaria “o benefício da dúvida no caso de incerteza”, de modo a se admitir a *flexibilização* da própria regra de comprovação do nexo de causalidade<sup>326</sup>. Nessa perspectiva, o ônus probatório do demandante estaria limitado à demonstração da mera *potencialidade de dano* relacionada à atividade da parte demandada, a esta cabendo, por sua vez, provar inexistentes os fatos ou não lesiva a conduta que lhe é imputada<sup>327</sup>.

Finalmente, sob a relatoria da Min. Eliana Calmon, a Segunda Turma do STJ enfrentou, no REsp 1.237.893/SP, ação civil pública movida pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo “para promover a desocupação total de área urbana invadida, com a remoção de pessoas e coisas, indenização pelos danos ambientais não passíveis de recuperação, além de fiscalização para evitar a reocupação do local”<sup>328</sup>. Houve discussão quanto à titularidade da obrigação de custeio da prova pericial deferida no primeiro grau de jurisdição. Compreendendo que a questão teria sido pacificada pela Primeira Seção por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 981.949/RS (Rel. Min. Herman Benjamin, d. julg. 24/02/2010), a Relatora destacou que incidiria em favor da lei da ação civil pública o princípio da *especialidade*, o qual, somado ao da precaução, afastaria, em processos relacionados à proteção do meio ambiente, as disposições gerais do código de processo civil<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> “Feitas essas considerações, não obstante a responsabilidade ser objetiva, o dano ser evidente e a necessidade de comprovação do nexo de causalidade ser a regra, não se pode deixar de ter em conta os princípios que regem o direito ambiental (precaução, prevenção e reparação), principalmente, para a hipótese, o Princípio da Precaução, no qual o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 206.748/SP... Op. cit.*, Voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 11).

<sup>327</sup> “Diante desse contexto, evidenciada na espécie a presunção do dano, deve o magistrado inverter o ônus da prova para determinar que a parte ré prove a não existência ou irrelevância dos prejuízos alegados pelos autores, bastando aos autores, por sua vez, provar a potencialidade lesiva da atividade, o que, na espécie, como dito, já se evidencia, a condição de pescadores, e que esta atividade é a sua fonte de renda”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 206.748/SP... Op. cit.*, Voto Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 15).

<sup>328</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.237.893/SP*. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma (24/09/2013), Voto Min. Eliana Calmon, p. 3.

<sup>329</sup> “Ressalto que diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade. Ademais, em se tratando de ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.237.893/SP... Op. cit.*, Voto Min. Eliana Calmon, p. 4).

3.7 REGIME JUSFUNDAMENTAL: RESPONSABILIDADE AMBIENTAL OBJETIVA PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL (TESE 10 – 18/03/2015; REsp 442.586/SP - 26/11/2002; AgRg no REsp 1.412.664/SP – 08/02/2012)

De acordo com a “Tese 10” da publicação “Jurisprudência em Teses” (nº 30, publicada em 18/03/2015), o STJ vem adotando entendimento no sentido de ser *integral* e *objetiva*, *sem* hipóteses excludentes, a responsabilidade (civil) decorrente de danos ambientais, dependendo sua configuração tão somente da demonstração de *nexo* (relação *abstrata* de *causa* e *efeito*) entre conduta imputada e resultado efetiva ou potencialmente nocivo<sup>330</sup>. Um total de oito acórdãos representativos consta do acervo informador da tese<sup>331</sup>. Desse universo, compreende-se como merecedores de maior destaque o REsp 442.586/SP e o AgRg no REsp 1.412.664/SP.

No REsp 442.586/SP, a Primeira Turma do STJ, sob relatoria do Min. Luiz Fux, reapreciou ação anulatória de auto de infração ambiental que aplicou multa (sanção administrativa) em decorrência de colisão de caminhão com bomba de óleo diesel, a qual teria ocasionando, em seguida, contaminação à galeria de águas pluviais. Compreendendo que teria ocorrido demora na solicitação de auxílio ao órgão ambiental e minoração dos efeitos do derramamento, a multa foi *mantida* por *unanimidade*. Em seu voto, o Min. Luiz Fux sustentou que as disposições da legislação infraconstitucional de regência da responsabilidade civil (art. 14, §1º, da Lei Federal 6.938/1981) também se aplicariam à imposição de sanção administrativa na hipótese de dano ambiental, a fim de se desestimularem condutas nocivas ao equilíbrio ecológico<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> “10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. *Op cit.*).

<sup>331</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 442.586/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 26/11/2002; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, Julgado em 08/02/2012; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 119.624/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 06/12/2012; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 273.058/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 09/04/2013; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.373.788/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 06/05/2014; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 05/06/2014; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.374.284/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em 27/08/2014; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.412.664/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Julgado em 11/02/2014.

<sup>332</sup> “A hipótese sub examem trata da imposição de multa administrativa que, segundo Hely Lopes Meirelles: “é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração. Nesta categoria de atos punitivos entram, além das multas administrativas propriamente ditas, as multas fiscais, que são modalidades específicas do Direito Tributário.” (in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 187).

Já no AgRg no REsp 1.412.664/SP, relatado pelo Min. Raul Araújo, a Quarta Turma, referendando por *unanimidade* de votos a anterior decisão monocrática denegatória de provimento, a qual foi inclusive *integralmente transcrita* e adotada como fundamento, compreendeu residirem no art. 225, §3º, da Constituição e na Lei Federal 6.938/1981, não na legislação civil *material*, os princípios orientadores do “raciocínio jurídico do julgador”, os quais teriam adotado a teoria do risco integral<sup>333</sup>.

---

A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental. Por derradeiro, ressalte-se que a multa administrativa, no caso de dano ambiental, ao contrário do que sustenta a recorrente, tem previsão na Lei nº 6.938/81, além de ter natureza objetiva, o que a torna devida, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 442.586/SP..., Op. cit., Voto Min. Luiz Fux, p. 7). Destaca-se, contudo, que a aplicação desse entendimento (responsabilidade objetiva) especificamente às sanções administrativas ambientais foi posteriormente modificada, passando o STJ a adotar a teoria da responsabilidade subjetiva: (PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. EXPLOÇÃO DE NAVIO NA BAÍA DE PARANAGUÁ (NAVIO "VICUNA"). VAZAMENTO DE METANOL E ÓLEOS COMBUSTÍVEIS. OCORRÊNCIA DE GRAVES DANOS AMBIENTAIS. AUTUAÇÃO PELO INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ (IAP) DA EMPRESA QUE IMPORTOU O PRODUTO "METANOL". ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. QUESTÃO RELEVANTE PARA A SOLUÇÃO DA LIDE. (...) 3. Cabe esclarecer que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura e do favor debilis. 4. Todavia, os presentes autos tratam de questão diversa, a saber a natureza da responsabilidade administrativa ambiental, bem como a demonstração de existência ou não de culpa, já que a controvérsia é referente ao cabimento ou não de multa administrativa. 5. Sendo assim, o STJ possui jurisprudência no sentido de que, "tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador. (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7.10.2015). 6. “Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano". (REsp 1.251.697/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, dje 17.4.2012). (...) 9. Recurso Especial provido”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.401.500/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016). A distinção dos regimes de responsabilização incidentes nas esferas civil, administrativa e criminal ambiental também foi destacada no voto do Min. Marco Buzzi por ocasião do julgamento do AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP: “Ademais, é certo que as normas insertas na Lei nº 9.605/98 adstringem-se às sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, não tendo, portanto, o condão de alterar ou revogar as disposições legais atinentes à responsabilidade civil”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP... Op. cit., Voto Min. Marco Buzzi, p. 11).

<sup>333</sup> “(...) em se tratando de matéria de direito ambiental, a legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se inculpidos, não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental a aplicação da responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.412.664/SP, Op. cit., Voto Min. Raul Araújo, p. 3). No que se refere à impossibilidade de exclusão de responsabilidade, o voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 1.373.788/SP sinalizou que somente em caso excepcionalíssimo, até mesmo de improvável ocorrência, é que poderia ser cogitada: “De todo modo, tratando-se de responsabilidade objetiva pelo risco integral, somente uma conduta dolosa da própria vítima (v.g. atentado terrorista suicida contra uma usina nuclear) teria o condão de interferir no nexo causal, o que evidentemente não ocorreu na espécie”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.373.788/SP ..., Op. cit., Voto Min. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 16).

Houve também destaque à originalidade constitucional no que se refere à explicitação do direito *intergeracional* impositivo de uma responsabilidade pela preservação do meio ambiente como requisito à vida das futuras gerações<sup>334</sup>.

A série é fechada pelo acórdão proferido no REsp 1.374.284/MG, o qual foi processado como *repetitivo* pela Corte (Tema 707) e tratou da “responsabilidade civil em caso de acidente ambiental (rompimento de barragem) ocorrido nos Municípios de Mirai e Muriae, Estado de Minas Gerais”. O caso se referiu ao rompimento de barragem de rejeitos de mineração de bauxita, em 27/01/2007, no Município de Mirai/MG, evento que ocasionou o vazamento de *dois bilhões de litros de lama tóxica* ao meio ambiente, atingindo casas de milhares de moradores ribeirinhos<sup>335</sup>.

A discussão levada pela empresa de mineração ao STJ buscava, pontualmente, afastar responsabilidade por danos que *não seriam decorrentes* dos rejeitos de sua barragem, mas de *inundações de anos anteriores*, as quais teriam sido provocadas por chuvas e cheias naturais de rios, para as quais não teria concorrido.

O voto proferido pelo Min. Luis Felipe Salomão, acolhido por *unanimidade* na Segunda Seção, foi no sentido de referendar a posição firmada pela Corte em outros julgamentos quanto a ser *objetiva* e pelo *risco integral* a responsabilidade por dano ambiental, *sem possibilidade de invocação de excludentes*.

Consequentemente, a empresa deveria reparar eventuais danos materiais e morais causados, estes conforme *arbitramento proporcional e razoável* pelo magistrado conforme cada caso concreto<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> “Correta, pois, a decisão recorrida, ao sublinhar que “[o] meio ambiente no Brasil hoje reveste a categoria de bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Pela vez primeira, o constituinte explicitou um direito intergeracional. Ou seja, as atuais gerações são responsáveis pela preservação ambiental para que possam existir as futuras gerações. A celeridade e a efetividade são urgentes, face ao bem tutelado.” (e-STJ, fl. 500)”. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.412.664/SP ...*, *Op. cit.*, Voto Min. Raul Araújo, p. 4).

<sup>335</sup> “4. No mérito, o ponto principal do recurso especial é saber se há responsabilidade da recorrente pelo acidente ambiental (rompimento de barragem), ocorrido nos Municípios de Mirai e Muriae, Estado de Minas Gerais, em 27 de janeiro de 2007. 4.1. Por primeiro, convém assinalar que, em consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, verifica-se que já foram propostas (algumas com acordos e outras já baixadas) 3938 (três mil novecentas e trinta e oito) demandas envolvendo a mineradora, ora recorrente, na Comarca de Muriae/MG e outras 500 (quinhentas) ações na Comarca de Mirai/MG. Nesse contexto, tem-se que, a rigor, é recomendável julgar-se de vez, em caráter de recurso repetitivo, a controvérsia apresentada nos autos, lembrando-se que numerosos julgamentos anteriores de questões idênticas antes recomenda do que afasta a composição uniforme das mesmas controvérsias. Por esse motivo, afetei o julgamento do caso a esta egrégia Segunda Seção “. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.374.284/MG ...*, *Op. cit.*. Voto Min. Luis Felipe Salomão, p. 7).

<sup>336</sup> “9. Assim, são as seguintes as teses a serem firmadas para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, relativamente ao acidente ocorrido no Município de Mirai-MG, em janeiro de 2007, quando a empresa de mineração Rio Pomba Cataguases Ltda., durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial, deixou vazar cerca de 2 (dois) bilhões de litros de resíduos de lama tóxica (bauxita), tendo atingido quilômetros de extensão e se espalhado por cidades dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, deixando inúmeras famílias



## 4 NOVOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS DA JURISDIÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

### 4.1 ECOJURISLAÇÃO, REVOLUÇÃO ECOJURÍDICA E OUTRAS CRÍTICAS DA PÓS-MODERNIDADE

O acervo de julgados dos Capítulos 2 e 3 revela que a jurisprudência ambiental do STF e STJ tem como características marcantes, dentre outros aspectos, uma *elevada abertura cognitiva* e uma *grande variedade de discursos de validação, interpretação e legitimação*. Observa-se que, nos casos relacionados à proteção do meio ambiente, as Cortes Superiores do país vêm exercendo a jurisdição de modo bastante *diferenciado*. As decisões analisadas refletem, entretanto, não só preocupação e interesse institucionais progressivos pelo tema do equilíbrio ecológico, mas também uma compreensão talvez um pouco *distorcida* de que se estaria diante de uma *inédita* primazia do Judiciário em detrimento do Legislativo e do Executivo.

Essa perspectiva é a que aparentemente se encontra, por exemplo, no pensamento de Georgio Tomelin. Segundo o autor paulista, enquanto o século XIX poderia ser qualificado como “o século do Legislativo” e o século XX como “o Século do Executivo”, o século XXI possivelmente será lembrado e referido, no futuro, como “o Século do Judiciário”<sup>337</sup>. Para ele, a jurisdição brasileira contemporânea, quando comparada ao passado, viveria uma *disfunção*, a qual se materializaria em *manifestações normativas (legiferantes) atípicas, criativas* ou

---

desabrigadas e sem seus bens (móveis e imóveis): a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados; c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo a que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 1.374.284/MG ..., *Op. cit.*. Voto Min. Luis Felipe Salomão, p. 22).

<sup>337</sup> Eis o argumento construído pelo autor: “Partiremos do pressuposto de que o século XIX foi o século do Poder Legislativo: da afirmação da soberania popular diante de um Estado mínimo. No século XIX, firmou-se em definitivo que a lei não era apenas algo escrito para que pudesse ser lido e respeitado (um dos sentidos de “lego” em latim, que significa “ler em voz alta”). Como consequência do anterior século das luzes, é no século XIX que o Legislativo vai incorporar o discurso da legitimação dos Parlamentos como representantes da vontade popular. Já o século XX qualificou-se pela prevalência do Poder Executivo. A atividade administrativa regulamentar, via decreto, por vezes chega a suplantar a produção de normas votadas. Na Alemanha, por exemplo, até mesmo o regime de garantias da Constituição de Weimar foi sendo modificado por decreto. E, finalmente, o século XXI se abre como o século do Judiciário. O Judiciário brasileiro está sendo remodelado para enfrentar os resquícios de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo deslegitimado”. (TOMELIN, Georgio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 15-16).

*expansivas*, fenômeno que denomina “Estado Jurislador”<sup>338</sup>. Trata-se de um modelo de Estado em que se reconheceria ao Judiciário não somente uma *típica* função de *aplicação* de normas (gerais, oriundas dos outros poderes), mas também uma *atípica* função *normativa primária* (equiparável à *legislativa*), a qual seria exercida conforme a exigência de cada caso concreto. Para Tomelin, a Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, teria feito a produção normativa brasileira migrar com maior intensidade do Parlamento para o Judiciário. Consequentemente, o STF, por exemplo, que não teria sido concebido como “Conselho Constitucional”, viria se investindo de atribuições análogas e assumindo cada vez mais uma posição de destaque. Isso teria modificado significativamente a forma de atuação e os efeitos externos das decisões da Suprema Corte, os quais já não mais seriam bem entendidos pela clássica teoria da tripartição de poderes. O momento atual conclamaría ao predomínio da *racionalidade jurídica* em detrimento da *organicidade* no processo de tomada de decisão<sup>339</sup>.

Em relação a esse pensamento, é possível fazer algumas *ressalvas*.

Conforme pesquisa e lições de António Manuel Hespanha, a realidade do século XIX não refletiu exatamente o ideal de legalismo (legislativo) absoluto a partir da qual se costuma apresentar e compreender aquele período. Em suporte a suas percepções, o jurista lusitano destaca trabalhos significativos da própria *Escola Francesa da Exegese*, os quais, mesmo ao tempo de maior projeção de seus protagonistas, reconheciam o papel dos jurisconsultos (juristas e magistrados) de, frente às limitações do direito positivo, aceder ao *direito natural* para *legitimar, justificar, criar, interpretar e integrar* o ordenamento<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> Segundo Tomelin: “Pautas de conduta do ponto de vista jurídico tanto podem ser aquelas votadas, diretamente pelo povo ou indiretamente pelos representantes, quanto as produzidas pela jurisprudência ampliada. Assim, partiremos da suposição de que, já hoje, temos um Estado Jurislador no Brasil. A expressão “Jurislador” serve para descrever o fenômeno no qual instâncias judiciais crescentemente passam a definir o conteúdo das normas. (...) Alguns autores têm utilizado “juristocracia” ou “supremocracia” para descrever tal realidade, com atenção maior para o que consideram ser um abuso do direito de interpretar. Preferimos a expressão “Estado Jurislador” porque entendemos que ela melhor recobre uma leitura de regularidade jurídica vigiada”. (TOMELIN, Georgio. *O Estado jurislador... Op. cit.*, p. 12).

<sup>339</sup> Segundo essa compreensão: “No Estado Jurislador, teremos uma proeminência do instrumental do direito e dos mecanismos judiciais de delimitação de conceitos e institutos. O cidadão terá que olhar mais para a racionalidade decisória do que, organicamente, para o ente emissor da restrição. A tendência será controlar melhor as condicionantes que formam a atuação do prolator da sanção. A ideia clássica de tripartição é a de que devemos apartar a função de produzir normas (legislativa) da atribuição de as aplicar (bipartida entre “rule making” e “law enforcement”). Com a evolução, surge a diferenciação da aplicação forçada da norma: contenciosa pelo Judiciário e “de ofício” pelo administrador do Poder Executivo”. (TOMELIN, Georgio. *O Estado jurislador... Op. cit.*, p. 23-24).

<sup>340</sup> O pensamento de Hespanha posiciona a problemática em foco sob a perspectiva de uma disputa (ou reivindicação) de poder em sociedade pelos juristas, enquanto “guardiões especiais do direito”: “A sua sabedoria natural dotá-los-ia de uma espécie de cassation à rebours, um poder de anular a lei para fazer respeitar o direito. Usando a sua capacidade exclusiva para aceder ao direito natural, destruíam o monopólio parlamentar (legislativo) da declaração do direito, bem como da interpretação e integração das leis positivas. O texto é o “Discours

Hespanha afirma que seria possível encontrar vestígios de *legalismo* em poucos países europeus além da França durante o século XIX, mantendo-se latente a disputa sobre a disposição do direito até os dias atuais<sup>341</sup>. Dentre os exemplos que apresenta, estaria o de

---

préliminaire au projet de Code civil”, apresentado por Jean-Etienne-Marie Portalis ao Consei d’État, no 1º do pluviôse do ano IX [21/10/1801]. Esse discurso contém as linhas de orientação do papel criativo dos jurisconsultos, mesmo quando confrontados com a lei, a expressão da vontade imperial (do imperador ou de assembleias parlamentares): - o direito positivo é uma aplicação do direito natural; - direito natural é uma ordem imperativa, fundada na natureza das coisas; os juristas possuem uma sabedoria, feita de estudo, tradição e prática, capaz de identificar os princípios desta ordem, e, em seguida, de dominar as chaves para compreender e integrar o direito; - os magistrados, por sua vez, monopolizam o saber de concretização do direito, estranho do legislador que, assim, não pode invadir as atribuições do judiciário. Nesta coabitação, o espaço mais delimitado é, como se pode ver, o do legislador, encravado entre a sabedoria quase sagrada dos juristas e o artesanato casuísta do juiz. (...) Não menos interessante é o caso daquele que é frequentemente tido como o fundador da Escola, Claude Etienne Delvincourt, nas suas Institutes de droit civil français. (...) Lido este texto, parece confirmar-se tudo o que a historiografia tradicional nos diz dos métodos puramente exegeticos da escola. Todavia, duas páginas adiante, ao tratar das fontes do direito, esta centralidade da lei desvanece-se, quando surge a inevitável questão do direito natural e sua relação com o direito civil e com os procedimentos dogmáticos da aplicação deste (nomeadamente, integração e interpretação)”. (HESPANHA, António Manuel. *Tomando a história a sério: os exegetas segundo eles mesmos*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade. Curitiba: Juruá, 2013, p. 215-224).

<sup>341</sup> A possibilidade de equívoco na leitura que geralmente se tem quanto às características do século XIX sob as lentes da exegese é assim apresentada: “De tudo o que foi exposto, creio que se pode concluir que, de legalismo, pouco se encontra no século XIX, com exceção de umas efêmeras décadas consecutivas às revoluções jacobinas, e sobretudo em França. No caso de outros países, que tiveram as suas revoluções no primeiro quartel do século XIX, o legalismo é ainda menos pronunciado, até pela falta de um corpo de direito legal, já que os códigos surgem, em geral, muitíssimo mais tarde. Surge, é certo, mas no grupo dos juristas práticos – os “agrimensores” – incapazes de subir às alturas da reflexão dos jurisconsultos (os “geómetras”). (...) Embora uma coisa não possa ser completamente separada da outra, poderíamos dizer que, independentemente das soluções jurídicas concretas, o que estava em causa era a questão de saber quem dispunha sobre o direito – os políticos (os ideólogos) ou os juristas? Esta era a questão central de política do direito no sec. XIX e, por isso, ela domina o trabalho jurídico-dogmático, nas áreas fundamentais da teoria das fontes, da interpretação e da integração. Nos dias de hoje, a questão mantém a sua acuidade. Em traço algo sobrecarregado, poderíamos dizer que o Estado constitucional (que, grosso modo, corresponde a uma ideologia liberal de anteposição “dos direitos” ao direito positivado) se mantém em tensão com o Estado democrático, baseado no papel constitutivo da soberania popular. Porém, o desfecho desta tensão não é indiferente a uma política corporativa dos juristas. E, por isso, ganham hoje tanto relevo as oposições entre direito “contra-maioritário” e “direito maioritário”, entre “neo-constitucionalismo” e “constitucionalismo”, entre um ordenamento jurídico “em rede” e um ordenamento jurídico “em pirâmide” (tendo como topo o texto constitucional), entre “princípios” e “regras”. E, enquanto isto estiver em jogo – e como deixará de estar? – a avaliação historiográfica da Escola da Exegese continuará naturalmente a ser atraída por leituras vinculadas a questões atuais de política do direito”. (Cf. HESPANHA, António Manuel. *Tomando a história a sério: os exegetas segundo eles mesmos... Op. cit.*, p. 232-236). As causas desse descompasso são, por sua vez, assim explicadas: “No decurso do século XX, esta luta entre juristas e representantes do povo decorreu sob cenários variados – sociologismo e realismo vs. legalismo; valores vs. norma legal; solução particular vs. comando geral; autoridade científica vs. decisionismo político; vontade de saber vs. vontade de poder. Nos anos seguintes à II Guerra Mundial, os valores democráticos clamavam muito forte a favor de um primado dos órgãos representativos na definição do direito, sobretudo na Itália e em França. Mas, mesmo neste contexto, havia argumentos a esgrimir do lado dos juristas. O mais forte foi a responsabilização do primado da lei pela génese dos autoritarismos e dos totalitarismos. Estes – com algumas poucas exceções – nunca tinham renunciado ao princípio do Estado de Direito nem ao princípio da legalidade. Claro que a lei exprimia, nestes casos, a pura vontade do poder, sem qualquer intervenção dos órgãos representativos. Mas numa análise perfunctória, o argumento passava. Com o advento do Estado constitucional, a situação tornou-se pouco clara. Por um lado, o controle da constitucionalidade parece garantir o primado da vontade do legislador constituinte sobre toda a ordem jurídica. Porém, isto depende muito da estrutura e atribuições dos tribunais constitucionais. Se estes são formados por uma quase-cooptação e se, por estatuto, apenas podem apreciar a constitucionalidade de normas, então é claro que eles representam um instrumento de controlo das maiorias parlamentares por um grupo fragilmente legitimado em termos políticos, que apenas pode

Portugal, onde, mesmo após a promulgação da Constituição de 1822, teria havido queixas em relação ao arbítrio judicial – ainda que “pouca militância houvesse “contra este crédito conferido a juristas e juízes para criarem o direito”<sup>342</sup>.

Paolo Cappellini também vislumbra ainda na primeira metade do século XIX as raízes daquilo que hoje se identifica como “uma clara preferência do globalismo pelo ‘governo dos juízes’”. Para o jurista italiano, o mesmo fenômeno já havia sido notado por Alexis de Tocqueville em 1835, quando constatada uma prevalente fundamentação de sentenças na Constituição em detrimento das leis. Como resultado, as instituições judiciárias teriam passado a se liberar cada vez mais do Estado, transfigurando-o, frente à hegemonia conquistada, em um “Estado Jurisdicional”<sup>343</sup>. Esse conceito se amoldaria, por sua vez, ao de “democracia de resultados”, o qual estaria hoje ao lado do “conceito tradicional de democracia” para conferir legitimação aos julgamentos e integridade ao sistema<sup>344</sup>.

A experiência brasileira teria sido análoga. Segundo análise de Sérgio Said Staut Júnior no âmbito das relações de direito privado, notadamente quanto à regulamentação jurídica da posse, ainda que se tenha observado, ao longo do século XIX, “um processo ou uma tentativa de valorização das fontes normativas estatais e uma crescente discriminação de outras fontes

---

invocar a sua autoridade “técnica” e “neutral”. Para além disso, importa saber que constituição estão eles a guardar: se aquela que foi votada pelo legislador constituinte ou se uma outra, feita de princípios não explícitos, que apenas o juiz “hercúleo” de que fala R. Dworkin pode conhecer. Neste último caso, a elite dos juristas terá obtido mais uma vitória importante, uma vez mais à custa do princípio do direito democrático”. (Cf. HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 196).

<sup>342</sup> E prossegue o autor: “Sendo antes certo que havia vários argumentos favoráveis, a começar pela tradição literária do direito comum, que nunca concedera à lei mais do que um lugar marginal no quadro das fontes do direito, até às mais recentes disposições da Lei da Boa Razão – que, sob a capa de um legalismo férreo (que frequentemente tem enganado os historiadores) autorizava um recurso libérrimo à “boa razão”, depositada ou no uso moderno do direito romano ou nos códigos estrangeiros – lei esta que as constituições não tinham beliscado. É certo que, pelo menos uma lei parecia impor-se à doutrina, a constituição. Mas nem isso estava absolutamente imune a uma leitura doutrinária. Na verdade, alguns dos mais notáveis constitucionalistas da época – como Silvestre Pinheiro Ferreira ou Basílio Aberto de Sousa Pinto, nisto seguidos por uma generalizada, embora mais discreta, opinião comum – eram de opinião de que, por cima da constituição formal, existia uma outra constituição, esta independente da vontade do legislador constituinte, e que se lhe impunha com a força da natureza das coisas”. (HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito....Op. cit.*, p. 178).

<sup>343</sup> E arremata Cappellini: “Em conclusão poderíamos, então, limitando-nos a observar uma clara preferência do globalismo jurídico pelo “governo de juízes”, pelo direito jurisprudencial modelado sobre a abordagem americana que, como havia já anotado em 1835 Tocqueville, reconhece “aos juízes o direito de fundar as suas sentenças na Constituição, mais que nas leis”, pelo ‘babélico’ “diálogo entre as Cortes”, por uma possivelmente definitiva alteração dos equilíbrios em detrimento do ‘político’ e em benefício de uma “administração sem Estado” e das instituições judiciárias (também cada vez mais liberadas do Estado): em suma, para usar uma expressão talvez não de todo adequada, pelo “Estado jurisdicional””. (CAPPELLINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62).

<sup>344</sup> CAPPELLINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação... Op. cit.*, p. 63.

que não aquelas derivadas do Estado ou da Igreja Católica”, o próprio fenômeno da codificação teria se manifestado tardiamente, “bem como o primado da lei sobre todas as outras manifestações jurídicas”<sup>345</sup>. Daí o alerta no sentido de que “o papel do legislador na tarefa de dizer o direito em sociedade, e consequentemente da lei como fonte normativa preponderante, no Brasil do século XIX, merece ser bastante ponderada”<sup>346</sup>.

No que se refere às características do século XX e às apreensões da passagem ao século XXI, Gustavo Zagrebelsky destaca o pluralismo político e social como fatores significantes de oposição à ideia de uma soberania estatal totalizante, seja no campo da constitucionalização seja no da legislação ou da administração pública (Executivo). A existência de fontes *paraestatais* (*concorrentes*) de emanção de poder tornaria ainda mais inverossímeis propostas tendentes à atribuição de um caráter *absoluto* àquilo que se poderia esperar a partir do advento de um modelo (ideal) de estado-legislativo e ou mesmo de sua superação. Dentre as evidências do irrealismo de um direito limitado à rigidez estatal monista, Zagrebelsky aponta a própria estruturação de sistemas jurídicos após a Segunda Guerra Mundial preponderantemente a partir de (ou com diversas aberturas a) princípios<sup>347</sup>. Esse direito (“direito por princípios”) integraria o mosaico de características de um direito *flexível* (*dúctil*), o qual, retomando a antiga interação com o *direito natural*, jamais teria deixado de depositar nos juristas, com grande destaque contemporâneo à jurisdição constitucional, a confiança de se realizar com maior *retidão* (ou *qualificação*) a difícil (*hercúlea*) tarefa de solucionar conflitos – em suprimento à incapacidade individual, social, legislativa ou executiva<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 118.

<sup>346</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil:...* *Op. cit.*, p. 119. No mesmo sentido, especificamente no que se refere ao fenômeno da codificação civil: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *O código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro*. In Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, ano 178, n. 473. Rio de Janeiro: jan./mar. 2017, p. 105-124.

<sup>347</sup> O pensamento do ex-Presidente da corte constitucional italiana é no seguinte sentido: “A superação do Estado de direito legislativo leva consigo importantes consequências para o direito como tal. Se pode dizer, em geral, que as duas separações da lei de que até aqui se tem falado - a separação dos direitos e a separação da justiça – tem dotado de enorme relevância uma distinção estrutural das normas jurídicas, não desconhecida no passado, mas que hoje, no Estado constitucional, deve ser muito valorizada do que o tenha sido anteriormente”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995, p. 109).

<sup>348</sup> Segundo Zagrebelsky: “A estrutura das fórmulas constitucionais de princípios as adscreveria, com efeito, ao campo da utilização ou da gestão <<política>>, irremediavelmente incompatível com a natureza das funções que se consideram autenticamente judiciais, segundo nossa tradição do Estado de direito. Esta circunstância não só derivaria, como costumava ser e normalmente é, do caráter impreciso, não rígido e mecanicamente construtivo dos princípios e, portanto, do caráter inevitavelmente criativo insito na determinação de seu significado. Derivaria também, e sobretudo, de sua pretensão de gerar adesão e participação na concepção política de que são expressão. A observação, no principal, estava evidentemente fundada. Era, em vez disso, unilateral em suas consequências. A negação da possível relevância judicial dos princípios constitucionais constituía uma simples radicalização, operada por motivos polêmicos, da concepção positiva da jurisdição. A questão não era – e não é – eliminar os



A partir dessas leituras e reflexões, se poderia denominar *Ecojurislação* esse movimento um tanto quanto *peculiar*, mas *não inédito*, de *justificação* racional-argumentativa, fundada predominantemente em *valores (princípios)*, que defende a legitimidade da atividade de inovação normativa primária (*criativa* ou *atípica*) do sistema jurídico que vem sendo realizada pelas Cortes Superiores do país desde a vigência da Constituição de 1988 nos julgamentos relacionados ao tema da proteção integral do meio ambiente. Sua principal característica, vislumbrada a partir dos acórdãos analisados, residiria na utilização preponderante do método da *ponderação*, com assento na *teoria dos valores*, na *filosofia moral* e no *processo argumentativo*, como técnica de *justificação* das decisões. É esse, portanto, o *tom* a partir do qual problemas relacionados à *justiça ecológica* passaram a ser solucionados pelas Cortes Superiores brasileiras.

Sob o ponto de vista *teórico*, tais dificuldades vêm sendo agravadas pela imbricação do tema da proteção do meio ambiente com correntes de pensamento provenientes de *diversas* (e *curiosas*) matizes - notadamente de membros *hoje* integrantes de órgãos jurisdicionais de sobreposição - sobre o também espinhoso tema do *protagonismo judicial*. A título meramente amostral, José Renato Nalini, por exemplo, define como “Rebelião da Toga” a postura individual e voluntarista de “repensar a sociedade brasileira” que entende inerente ao ofício de magistrado, conclamando a classe a ir além dos deveres funcionais, sem covardia frente à “legião da insensatez que aniquila os valores, e também destrói o meio ambiente e vitima a esperança – nutriz de toda a frágil espécie humana”. A rebelião consistiria principalmente em uma “nova postura hermenêutica”, não se resumindo, portanto, “a um protagonismo inconsequente, em busca de holofotes e da fuga ao anonimato, nestes tempos em que a fama e a glória seduzem tantas personagens”<sup>349</sup>. Destacando a importância dos *princípios* na atividade judicial de concretização da Constituição, Nalini se vale das lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>350</sup> para sustentar que caberia ao juiz, mediante compreensão exata de seu papel no

---

princípios do horizonte jurídico e judicial por não ter cabido em uma determinada concepção de direito, por demais proveniente de uma época passada. Ao contrário, é preciso dar-se conta de que o <<direito por regras>> do Estado de direito do século XIX era algo qualitativamente distinto do <<direito por princípios>> do Estado constitucional contemporâneo e de que essa mudança estrutural do direito tem que comportar necessariamente consequências muito sérias também para a jurisdição. Poderá dizer-se que nem sempre se tratam de se consequências tranquilizadoras, por se referirem a certas exigências que, em outro tempo, se consideravam irrenunciáveis – por exemplo, a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais e talvez também a posição não engajada dos juízes -. Mas não olhara realidade para evitar ver seus aspectos menos tranquilizadores não a transforma de acordo com nossos desejos”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia...* p. 112).

<sup>349</sup> NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 320.

<sup>350</sup> Destacam-se as seguintes citações: “Avulta a importância dos princípios jurídicos a partir da elaboração de Ronald Dworkin, a concebê-los como padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Os princípios não se submetem ao esquema da subsunção, mas dependem de

sistema jurídico, distinguir e aplicar *todos eles*, conforme as necessidades de cada caso concreto, de modo *criativo*<sup>351</sup>. Nessa perspectiva, a função interpretativa do magistrado seria dotada de “larga margem de liberdade”, resultado de uma “volúpia” na normatividade do Executivo combinada à desconfiança quanto à legitimidade da atuação Legislativa<sup>352</sup>.

Já na leitura de Luís Roberto Barroso, esse *protagonismo* (ou *ativismo*) do STF seria observável em pelo menos três “diferentes linhas de decisão”. Na primeira, a Constituição seria diretamente aplicada a casos que não estariam previstos de modo evidente em seu texto, mesmo sem prévia deliberação do Parlamento. Na segunda, o controle de constitucionalidade das leis seria levado a efeito por “critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”. Na terceira, a inércia legislativa legitimaria a “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público”<sup>353</sup>. Para ele, não obstante, o ativismo seria, antes de uma *técnica* de decisão, uma *atitude*, uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” - ao mesmo tempo em que a *judicialização* (ou aumento de litigiosidade) seria um *fato social* inconteste, “uma circunstância do desenho institucional brasileiro”.<sup>354</sup> Segundo o pensamento de Barroso, o descrédito e a incapacidade do Legislativo teriam deixado *espaços sensíveis de poder* a serem *ocupados* em sociedade. E como dentre as características naturais de qualquer instituição estaria, além da *conservação do próprio poder*, a *conquista de novos espaços* para seu exercício, seria *inevitável* a assunção de *novos papéis* (ou *desempenho atípico de funções*) pelo Judiciário, sem o que não seria possível atender às expectativas de *justiça*

---

ponderação. Princípio tem dimensão que a regra não possui: a dimensão do peso ou importância. Quem poderá aferir com legitimidade o peso ou importância desse padrão inserto na Constituição? O sistema confiou essa missão ao juiz. Outra ordem de reflexões sugere o pensamento de Robert Alexy, para quem os princípios são mandados de otimização que ordenam que seja algo realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Há uma gradação na escala de cumprimento dos princípios e somente o juiz pode estabelecê-la com critérios. A principiologia alarga de maneira incomensurável a função judicial. Enquanto a regra é uma norma que pode ser cumprida ou descumprida, o princípio comporta convívio entre antagonismos. Depende da ponderação a ser feita pelo intérprete e da preponderância concreta do valor em cotejo”. (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga... Op. cit.*, p. 333).

<sup>351</sup> Essa prerrogativa se materializaria, por sua vez, em uma atividade de *cognição distintiva e analítica*: “Cada juiz é responsável por distinguir, dentre os princípios constitucionais, aqueles estruturantes, os princípios gerais e especiais, todos eles prioritários em relação às regras constitucionais. E não somente princípios explícitos, mas também os implícitos. Os decorrentes dos demais princípios, os extraíveis do sistema, todos aqueles já examinados por outros ordenamentos, enfim, a Constituição é a Carta Aberta à criatividade do intérprete”. (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga... Op. cit.*, p. 335).

<sup>352</sup> Para Nalini, o momento seria de uma (equivalente?) *inversão de polos*: “Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. Se isso já era admitido quando se pressupunha prevalência do Legislativo, como emissor da vontade geral, inverteu-se o polo de relevância quando o parlamento só produz leis de circunstâncias. A volúpia na produção de normatividade por um poder que não deveria fazê-lo, o Executivo – e a transformação do parlamento em cartório de homologação de interesses localizados, sobrecarregou o juiz de responsabilidades”. (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga... Op. cit.*, p. 341).

<sup>353</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Op. cit.*, p. 49.

<sup>354</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Op. cit.*, *idem*.

veiculadas nos milhares de litígios instaurados nas últimas décadas – os quais fariam hoje representar praticamente um processo para cada brasileiro adulto<sup>355</sup>. Sob a perspectiva dos fundamentos filosóficos desse “fato inexorável da realidade contemporânea, para desalento de muitos”, a postura jurisdicional a que se refere o autor estaria assentada em uma concepção *não positivista* do direito, a qual seria informada, por sua vez, “por uma pretensão de correção moral, pela busca da justiça, da solução constitucionalmente adequada”<sup>356</sup>. Ela seria fruto das transformações do direito contemporâneo, em especial da superação do formalismo jurídico (de matriz positivista) pelo “advento de uma cultura pós-positivista”, enunciativa de uma reaproximação entre *direito e filosofia moral*, “em busca da justiça e outros valores”, da legitimidade democrática e da realização do bem comum”<sup>357</sup>.

Esse mesmo movimento é percebido por Gustavo Binenbojm como fruto da derrocada do mito da “neutralidade do juiz e do formalismo hermenêutico” que caracterizariam o *positivismo jurídico*. Haveria um elemento, decorrente da realidade prática, que as teorias

---

<sup>355</sup> Conforme o pensamento de Luís Roberto Barroso: “O primeiro impulso natural do poder é a autoconservação. É intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações, quer pela reafirmação de sua jurisprudência. (...) O segundo impulso natural do poder é a expansão. No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas, tal como identificado o fenômeno em tópico anterior”. (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.*, p. 73-74).

<sup>356</sup> Para ele, no entanto, essa concepção não implicaria arbitrariedade ou exercício discricionário da autoridade judicial, pois: “O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Esta é uma das distinções mais cruciais entre positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas uma moldura, um conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. A concepção não positivista aqui sustentada afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional”. (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.*, p. 102-103).

<sup>357</sup> Barroso compreende, nessa perspectiva, que a visão positivista encontraria limites na própria incapacidade ou insuficiência da norma para contingenciamento total (ou integral) da realidade: “Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procura-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. (BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.*, p. 96).

positivistas tradicionais desconsiderariam e que solucionariam os problemas relacionados à legitimidade democrática das decisões: a *dimensão criativa* da atividade judicial. Apesar de não concebida para realizar raciocínios políticos, e sim jurídicos, seria *inerente* à jurisdição o desempenho de um papel voltado à concretização da vontade política manifestada nas leis e na Constituição. Ainda que se considere impossível a neutralização dos “fatores políticos” influenciadores dos julgamentos, a possibilidade de conformação da frieza da lei às especificidades de cada caso concreto atenderia os ideais constitucionais<sup>358</sup>.

Hélio Pinheiro Pinto, por sua vez, denomina “Juristocracia” a contemporânea presença do direito em seguimentos da vida nas quais não haveria, antes, tal intromissão. Dentre suas manifestações estariam a “judicialização da política” e o “ativismo judicial”, fenômeno que compreende como uma “juridicação da vida”, algo que viria transferindo a solução de disputas políticas, econômicas e sociais da própria população para os juízes<sup>359</sup>. Em resumo, o Judiciário passaria a substituir o Executivo e o Legislativo na “resolução dos grandes dilemas da vida nacional, ocupando espaços que antes eram exclusivamente dominados pelos agentes políticos eleitos pelo povo”<sup>360</sup>.

Outras leituras, como a de Fritjof Capra e Ugo Mattei, compreendem esse fenômeno, especificamente no que se refere à sua interação com o tema da proteção do meio ambiente, como produto da internalização, pelas sociedades contemporâneas, de preceitos da “ecologia do direito”. Essa proposta sugeriria a estruturação dos ordenamentos jurídicos a partir de

---

<sup>358</sup> Para Binjenbojm: “A questão da legitimidade democrática da justiça constitucional ficaria, assim, superada pelos mitos da neutralidade do juiz e do formalismo hermenêutico que caracterizam o positivismo jurídico. Como é trivialmente sabido, as diversas vertentes positivistas foram alvo de intensas críticas, provenientes das mais diversas matrizes teóricas. Especialmente no campo da metodologia constitucional, questiona-se que os ideais de completude e coerência sistêmica do ordenamento jurídico soam como uma bela figura de retórica. E porque assim é, toda atividade judicial, sobretudo em matéria constitucional, tem uma dimensão essencialmente criativa, de forma a adaptar o frio relato normativo às circunstâncias específicas de cada caso. (...) A jurisdição constitucional, assim, embora desempenhando uma tarefa jurídica, e não política, exerce sempre um papel construtivo e concretizador da vontade constitucional. Por mais fiel que seja aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação, exigíveis de qualquer decisão judicial, a justiça constitucional jamais neutraliza inteiramente a influência dos fatos políticos no desempenho do seu mister”. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61-62).

<sup>359</sup> Esse argumento é assim construído pelo autor: “Hodiernamente, assistimos a uma generalizada e difusa presença do Direito em áreas da vida que antes eram imunes a ele. Essa juridificação da vida vem possibilitando que os macroconflitos políticos, econômicos e sociais das nações e dos cidadãos – que sempre foram resolvidos pela própria população, através de seus representantes eleitos, passem a ser dirimidos por juízes. Neste contexto em que o Direito, sobretudo o constitucional, avança sobre a política, já se fala na existência de um processo de transição de um regime democrático para uma espécie de juristocracia ou de Estado juristocrático de Direito, caracterizado por uma profunda transferência de competência decisória dos órgãos Executivo e Legislativo para o Judiciário”. (PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia... Op. cit.*, p. 53-54).

<sup>360</sup> PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia... Op. cit.*, p. 54.

“princípios da ecologia” e de também de teorias que não apartem o direito da *moral*, da *política*, de normas de *boas práticas*, da *religião*, da *economia*, enfim, da *justiça*<sup>361</sup>. Para os referidos autores, um “ordenamento ecojurídico” seria uma obra *comunal*, ou seja, produto de um *esforço coletivo (rede aberta de relações) de longo prazo*<sup>362</sup>. Sua concretização dependeria, não obstante, da assimilação de princípios ecológicos por *toda* a comunidade, mediante um processo de “alfabetização ecológica” ou “ecoalfabetização”, o qual se apresentaria, assim, como pilar (ou base conceitual) para uma “revolução ecojurídica”<sup>363</sup>. Esse novo modo de pensar estaria dentre aqueles que legitimaria, por exemplo, técnicas como a da *inversão do ônus probatório* em processos judiciais relacionados à proteção do meio ambiente<sup>364</sup>.

O problema desse pensamento, tipicamente *pós-moderno*, é que *não há critério objetivo a priori* para definir aquilo que pode ou não ser considerado aceitável em termos de proteção ambiental, podendo essa *indefinição* conduzir à *insegurança jurídica*, à *estagnação*

---

<sup>361</sup> A ideia se estrutura a partir do conceito de *ecologia do direito*: “Nesse sentido, portanto, a ecologia do direito refere-se a um ordenamento jurídico que é compatível com os princípios da ecologia e faz por honrá-los. A ecologia do direito implica um processo de transformação das instituições jurídicas, para que deixem de ser máquinas de extração alicerçadas no funcionamento mecanicista da propriedade privada e da autoridade do Estado e se convertam em instituições baseadas nas comunidades ecológicas. A ecologia do direito busca uma qualidade de vida econômica que vise ao fomento e à preservação da natureza, em benefício das gerações futuras e da sobrevivência humana em geral. (...) Nesse sentido mais amplo, empregamos a expressão “ecologia do direito” como referência a um ordenamento jurídico que não veja o direito como um campo social distinto, independente da política, economia, justiça, religião, normas sociais de bom comportamento, moral etc. Essa concepção tampouco divide o direito num domínio dos fatos – como o direito é – e um domínio dos valores – como o direito deveria ser”. (CAPRA, Fritjof e MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Editora Cultrix, 2018, p. 41-42).

<sup>362</sup> Há nessa leitura também uma percepção do direito como <<cultura comum>> e <<desejo de manutenção da ordem ecológica>> mediante uma <<rede aberta de relações>>: “Em outras palavras, uma concepção ecológica do direito não o reduz a uma estrutura profissionalizada, preexistente e objetiva, que parece ter uma existência totalmente separada do conhecimento que dela temos e é distinta do comportamento que regulamenta e tenta determinar. Ao contrário, o direito é sempre um processo de “comunalismo”, uma ação coletiva de longo prazo em que as comunidades, compartilhando um objetivo e uma cultura comuns, institucionalizam seu desejo comum de manter ordem e estabilidade na busca da reprodução social. Portanto, os commons – uma rede aberta de relações – e não o indivíduo, é que são os elementos constitutivos da ecologia do direito e do que chamamos de ordenamento “ecojurídico””. (CAPRA, Fritjof e MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica... Op. cit.*, p. 42).

<sup>363</sup> Eis o cerne dessa visão: “O conhecimento desses princípios de ecologia é conhecido como “alfabetização ecológica” ou “ecoalfabetização”. Nas próximas décadas, a sobrevivência da humanidade vai depender de nossa ecoalfabetização e nossa capacidade de viver segundo os ditames desta. Por esse motivo, a ecoalfabetização deve tornar-se uma habilidade crucial para políticos, líderes empresariais e profissionais de todas as esferas, sobretudo na teoria do direito, e deveria ser a parte mais importante da educação em todos os níveis, inclusive na continuidade da educação e na formação de profissionais”. (CAPRA, Fritjof e MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica:... Op. cit.*, p. 249).

<sup>364</sup> Há evocação expressa dessa postura no seguinte trecho: “É verdade que a concepção atual do direito permite a introdução excepcional de regulamentações ambientais que limitem as decisões relativas à propriedade e à demarcação de terras. O direito ecológico, porém, ao colocar os commons no centro da vida política e social, simplesmente transforma a exceção em regra. Profissionais do direito, políticos e pessoas ecologicamente alfabetizados vão considerar totalmente razoável inverter a relação entre a regra e a exceção; o ônus da prova de aceitabilidade social de determinado sistema de propriedade será invertido”. (CAPRA, Fritjof e MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica:... Op. cit.*, p. 260).



*econômico-social* e, assim, à necessidade de *reconfiguração*, dentre outras ficções modernas, da própria noção de Estado. Neste sentido, e conforme Jacques Chevallier, a projeção de reflexos da *pós-modernidade* sobre a ideia de Estado seria *transformadora*, por via de consequência, também para o direito<sup>365</sup>. Essa transformação daria, por sua vez, de acordo com a análise de Tássia A. Gervasoni, em *profundidade*, no sentido de convidar à busca de soluções jurídicas para fenômenos de *complexidade até então não vista* e, assim, *não assimilável* a partir do paradigma *moderno*<sup>366</sup>.

Já Anderson Sant’Ana Pedra observa, numa primeira perspectiva, que, apesar de seu conteúdo político, a Constituição “é também um documento jurídico”, de modo que a jurisdição, mesmo quando chamada a resolver disputadas políticas, o faria com base em *raciocínios jurídicos*, os quais, então, se *diferenciariam* das *decisões políticas*<sup>367</sup>. Por outro lado, ao editar enunciados normativos, inevitavelmente o Judiciário acabaria agindo politicamente, flertando com a determinação de “conceitos fluidos” e “criando direito”<sup>368</sup>. Julgamentos políticos *sempre* se remeteriam, nessa leitura, a *juízos morais*, os quais seriam, finalmente, argumentos comparativos entre condutas (abstrata e eticamente) esperadas (imaginadas) e aquelas efetivamente praticadas em sociedade<sup>369</sup>.

---

<sup>365</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>366</sup> A compreensão da autora é a seguinte: “Com efeito, um direito pós-moderno poderia apresentar-se como o inverso do produto da ‘abstração e da axiomatização do direito, do subjetivismo, da simplicidade e da segurança das relações jurídicas, da separação da sociedade civil e do Estado, do universalismo e da unidade da razão jurídica, caracterizando-se, em contrapartida, por pragmatismo e relativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, por uma pluralidade das racionalidades, pelo risco, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas”. (GERVASONI, Tássia A. *Estado e direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 170).

<sup>367</sup> Para o autor: “Muito embora a Constituição possua um texto político, é também um documento jurídico. Sendo assim, apesar de a Justiça Constitucional ser chamada a decidir questões que, sem qualquer dúvida, assumem conotação política, a verdade é que, mesmo nessas circunstâncias, a Justiça Constitucional decide conflitos políticos, mas a característica é que a resolução dos mesmos se faz por critérios e métodos jurídicos. (...) A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica e não política, sujeitando-se, assim, aos cânones da racionalidade, objetividade e fundamentação exigíveis das decisões proferidas pela Justiça Constitucional. Tem-se então que, muito embora a Justiça Constitucional não possa desconsiderar as consequências políticas de suas decisões, não poderá decidir fora do contexto jurídico, afinal, em um conflito entre o jurídico e o político, a Justiça Constitucional não poderá divorciar-se do jurídico. A Justiça Constitucional, apesar de ser política em razão de sua matéria, é estritamente jurídica por seus métodos e por seus critérios de fundo, já que a Justiça Constitucional não pode ficar cega às consequências políticas de suas decisões”. (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 256-257).

<sup>368</sup> PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade ... Op. cit.*, p. 258.

<sup>369</sup> Seria aparentemente inerente, nessa leitura, a eclosão de embates de ordem moral do contexto social, conforme as condições de momento: “Questões morais são então aquelas atinentes às matérias que surgem no seio de determinada sociedade, em certo momento, a partir do comportamento adotado e esperado pelos integrantes desta sociedade”. (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade ... Op. cit.*, p. 260).

Ocorre que, não havendo consenso, em uma sociedade plural, quanto a tais comportamentos, os problemas relacionados aos *juízos morais* deles decorrentes se deslocam para o campo do “debate majoritário” (debate *político*), transformando-se em “desacordos morais razoáveis” conforme a amplitude que venha a ganhar a discussão quando submetida ao Judiciário. Por isso, Anderson Sant’Ana Pedra compreende que seria mais adequada a tomada de *decisões sensíveis* (relacionadas a questões de fundo *moral* ou *religioso*) pelo *Legislativo*, em razão de sua *legitimidade democrática*, e *jamais pela jurisdição*<sup>370</sup>.

Para Anderson Pedra, não seria apropriado submeter a solução de desacordos *morais* ordinariamente a um poder tipicamente *contramajoritário*, devendo tal tarefa permanecer a cargo da instância *majoritária* (Legislativo), sem prejuízo de comprometimento da função de garantia dos interesses das minorias<sup>371</sup>. Ainda que as referidas discussões teóricas evidenciem, de um lado, a aparente consolidação de um modelo de jurisdição no país que trata do tema da proteção integral do meio com uma prática predominantemente fundada em *decisões por princípios* e numa postura *protagonista*, por outro, elas refletem que ainda há substanciais desavenças quanto às melhores soluções para os conflitos ecológicos.

Não sendo salutar, contudo, que tais divergências imperem e passem a governar o imaginário da comunidade judiciária, haveria que se solucionar, primeiro, alguns *desacordos conceituais (teóricos) prévios* que permanecem latentes quanto à própria concepção de direito e de sociedade que se pretende construir (ou *planejar*)<sup>372</sup>, para que, então, se possa almejar um sistema coerente de proteção ambiental.

---

<sup>370</sup> A ressalva é assim apresentada: “Contudo, por se ter, em regra, uma sociedade plural, inexistente unicidade nesses comportamentos, sendo necessário, então, colocar em debate majoritário essas questões morais, já que a partir de uma determinada escolha ter-se-á reflexos no mundo jurídico. Estas questões morais ganham maior amplitude de debate político quando se está diante dos chamados desacordos morais razoáveis, ou seja, quando se tem cidadãos bem intencionados e esclarecidos, em relação a determinadas matérias, mas que pensam de forma contrária, sem possibilidade de conciliação, principalmente em face das convicções filosóficas e religiosas. Pelo fato de as escolhas sobre questões morais atingir o âmago da sociedade, vez que determinada escolha pode, inadvertidamente, contrariar os valores morais desta sociedade, espera-se que as decisões sejam tomadas, ao menos, pelo Legislativo que goza de legitimidade democrática ótima, mas nunca pela Justiça Constitucional, até porque os rumos a serem adotados pela sociedade quanto às questões morais devem guardar harmonia com aquilo que a sociedade espera”. (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade ... Op. cit., idem*).

<sup>371</sup> Segundo o autor, a separação entre política e justiça deveria constituir <<premissa>> do exercício da jurisdição constitucional: “Apesar de ser impossível idealizar a Justiça Constitucional como sendo algo neutro, imparcial, livre de paixões, sentimentos e pressões (sociais, corporativas, religiosas etc.), inadmita-se que a Justiça Constitucional se curve a qualquer tipo de influência para solucionar desacordos morais razoáveis – o que deve, sempre, estar a cargo de uma instância majoritária (Legislativo). A Justiça Constitucional jamais deverá substituir a política, muito menos se apresentar como meio ordinário para se resolverem as questões morais, ao contrário, a Justiça Constitucional deve evitar interferir ou decidir essas questões. Apesar de a Justiça Constitucional servir como uma garantidora da minoria em face de uma maioria conjuntural e assim reforçar o ideal democrático (...) jamais poderá atuar politicamente para definir valores morais e proclamar princípios, uma vez que os valores em questão devem ser decididos politicamente pela maioria (...)”. (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade ... Op. cit., p. 260-261*).

<sup>372</sup> Conforme observação de Fernando Leal: “Parafraseando Kelsen, seria possível dizer que as divergências entre coerentistas, pragmatistas, textualistas e tantos outros nunca será superada. Ora uns, ora outros parecerão ser

## 4.2 O PROBLEMA DOS DESACORDOS CONCEITUAIS (TEÓRICOS) PRÉVIOS SOBRE O DIREITO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Não há dúvida de que um alinhamento prévio quanto à própria *concepção* ou *natureza* do *direito* é uma difícil empreitada, encontrando-se essa busca de *identidade*, como destaca Paolo Grossi, no centro das divergências teóricas jusfilosóficas neste tempo de “transição entre moderno e pós-moderno”<sup>373</sup>. Algumas delas serão apresentadas a seguir.

Para Scott J. Shapiro, mais do que uma dimensão civilizacional voltada à estabilização regrada das relações sociais, o direito contemporâneo se apresentaria e passaria a ser compreendido um instrumento destinado essencialmente ao *planejamento social*, e não à realização de ideais de justiça<sup>374</sup>. Concebida a ordem jurídica como um *plano*, seu caráter *dinâmico*, *não definitivo* e *multidimensional* convidaria ao desafio de estabelecimento de uma *nova dogmática* e de uma *nova hermenêutica*, para que sua operabilidade não se mostre

---

aqueles que sugerem a resposta mais adequada, à sua maneira, para determinado problema jurídico. Não raro, essas diferentes teorias podem ser até ortogonais relativamente aos resultados de disputas jurídicas pontuais, já que podem sustentar, ainda que por caminhos diferentes, a mesma resposta jurídica. No entanto, mesmo assim, ainda haverá algo por que divergir. Para além dessas disputas de primeira ordem, contudo, é possível identificar pontos de desacordo relacionados à própria construção dessas teorias normativas. Meta-problemas, portanto, que podem trazer questões importantes para reflexões filosóficas sobre o problema da justificação de decisões jurídicas. Para voltar mais uma vez às discussões sobre a natureza do direito, as disputas entre descritivistas, normativistas e naturalistas são expressões de como disputas sobre a metodologia mais adequada para o desenvolvimento de um projeto filosófico de investigação da natureza do direito pode estar no centro do que, no fundo, pode separar positivistas de não positivistas”. (LEAL, Fernando. *Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação*. In Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016, p. 217).

<sup>373</sup> Segundo Grossi: “Vivemos – e isto é muito verdadeiro – num tempo de transição. O século longo, que está às nossas costas, mas ainda prossegue, o século XX, está nos transportando do terreno bem definido e seguro da modernidade jurídica para uma outra margem que ainda não alcançamos. Estamos ainda vivendo a transição entre moderno e pós-moderno, e, se este último destino pode nos deixar desconfortáveis pela sua indubitável nebulosidade, ela assinala historicamente um despregamento cada vez mais claro: afastamo-nos do mundo jurídico de ontem, dos cimentos construtivos com os quais nossos pais edificaram o direito moderno e, ainda mais, da mentalidade que os sustentou e os orientou na edificação. Eclipse de valores, reformados de modo vão, mas erodidos em sua historicidade; desabrochar de outros, diferentes ou até mesmo opostos. O jurista percebe o desconforto do terreno instável sob os seus pés”. (GROSSI, Paolo. *A identidade do jurista, hoje*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão* (experiências jurídicas antes e depois da modernidade. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30).

<sup>374</sup> Essa visão, que poderia ser tida como positivista, desconfia da ideia de que as sociedades do futuro seriam necessariamente melhores do que as do passado e não compreende que a mutabilidade seria um atributo natural do fenômeno constitucional: “Na medida em que questões de confiança e a diferença são cruciais para qualquer empreendimento que dependa de ações de outros para atingir seus objetivos, o fato de os desenhistas jurídicos serem intensamente preocupados com a competência, o caráter e a diversidade de atores quando alocam direitos e responsabilidades, parece dar credibilidade à visão de que eles tratam o direito como uma atividade de planejamento”. E, reproduzindo argumento do já falecido juiz da Suprema Corte norte-americana, Justice Antonin Scalia: “Certamente não se pode dizer que uma constituição é naturalmente dotada de mutabilidade; pelo contrário, todo o seu objetivo é prevenir mudanças para incorporar certos direitos, de tal forma que as gerações futuras não possam facilmente desconsiderá-los. Uma sociedade que adota uma declaração de direitos é cética que ‘padrões evolutivos de decência’ sempre ‘marcam o progresso’ e que as sociedades sempre ‘amadurecem’ em oposição à podridão”. (SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 330 e 343).

*truncada, ineficaz ou anacrônica*. Segundo Shapiro, julgamentos realizados com base na *teoria dos valores* sempre se envolveriam em embates de ordem *moral e política*, campos com os quais a atividade jurídica, apesar de tangenciá-los, não deveria se imiscuir<sup>375</sup>.

Shapiro reconhece, não obstante, que debates quanto ao *método* mais apropriado para a *interpretação* do direito colocariam um problema ainda maior ao *positivismo*. Se reportando a Ronald Dworkin, registra o argumento de que a mera existência de desacordos conceituais (teóricos) prévios indicaria que o direito não poderia se limitar aos tipos de fatos (sociais) que os positivistas compreenderiam fundadores dos sistemas jurídicos. Por outro lado, também entende que o positivismo permitiria maiores chances, em convenções objetivas e consensualmente estabelecidas, de superação dos descentendimentos interpretativos decorrentes do engajamento em disputas morais ou políticas<sup>376</sup>.

Ao mesmo tempo em que há autores, como Shapiro, que ainda vislumbram na racionalidade *juspositivista* a condição de possibilidade para concretização do ideal de justiça<sup>377</sup>, há aqueles, como Paolo Cappellini, que, reconhecendo “a erosão do positivismo”, direcionam suas preocupações para um problema (ou ameaça) ainda mais profundo: uma subversão geopolítica globalizada, que se apresentaria “como uma nova teoria do direito e da interpretação: o chamado *neoconstitucionalismo*”<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> Para o autor norte-americano: “A questão crucial aqui é: como vamos resolver esse desacordo? O que determina o conteúdo da Oitava Emenda: significado literal ou intenção original (ou talvez alguma outra coisa)? E é aqui que o debate entre os juspositivistas e jusnaturalistas torna-se relevante. Porque a única maneira de descobrir se é o significado original ou a intenção original que determina o direito constitucional dos Estados Unidos é saber quais fatos, em última análise, determinam o conteúdo de todo o direito. Assim, por exemplo, se os positivistas estiverem certos, a única maneira de demonstrar que uma metodologia interpretativa ou outra é correta é apontar para o fato social ou fatos que a faça assim, talvez mostrando que os tribunais seguem rotineiramente uma metodologia e não a outra. Por outro lado, se o jusnaturalista estiver certo, então a única maneira de estabelecer sua posição é envolver-se em filosofia moral e política. Assim, por exemplo, pode-se argumentar uma metodologia sobre outra demonstrando-se que considerações de teoria democrática apoiam a leitura da Constituição de uma certa maneira. O que essa linha de raciocínio implica é que a jurisprudência analítica é capaz de fazer uma diferença prática crucial. Pois, muitas vezes, não há maneiras de resolver descentendimentos específicos sobre o direito sem primeiro se resolverem descentendimentos sobre a natureza do direito em geral. A fim de demonstrar de forma conclusiva que o direito é tal e qual em um caso particular, não basta afirmar que o direito foi criado por alguém com autoridade e que esse alguém está interpretando corretamente os textos legais. É preciso também ser capaz de demonstrar que alguém está justificado a atribuir autoridade legal a determinada pessoa e a interpretar seus textos de acordo”. (SHAPIRO, Scott J. *Legality* ..., *Op. cit.*, p. 29).

<sup>376</sup> SHAPIRO, Scott J. *Legality*. *Op.cit.*, p. 283.

<sup>377</sup> Conforme se depreende da seguinte passagem: “O positivismo jurídico é uma doutrina libertadora porque ela expõe a contingência e a mutabilidade do direito. Como o direito é criado pela atividade humana, poderia ter sido criado de outra forma. Uma vez que este fato seja apreciado, não haverá desculpa para a aceitação do status quo. Como o direito é reparável, onde ele estiver quebrado, ele deve ser consertado”. (SHAPIRO, Scott J. *Legality* ..., *Op. cit.*, p. 389).

<sup>378</sup> Nesse sentido: CAPPELINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação*... *Op. cit.*, p. 56-58.

Segundo o alerta crítico de Paolo Cappellini, doutrina e práticas jurisprudenciais de vertente *neoconstitucional*, “com a aspiração de estimular ao máximo a implementação dos direitos humanos”, teriam “rematerializado” ou mesmo “transbordado” a dogmática constitucional, “tensionando” direitos fundamentais sob argumento de se realizar, criativamente, “o ‘sopesamento’ e a ‘poderação’ axiológica dos princípios e valores constitucionais, e não mediante o tradicional mecanismo da subsunção) – e tudo isto sob a pretensão de uma maior realização de justiça”<sup>379</sup>. Cappellini adverte, contudo, que, apesar de essa hermenêutica conferir *vida* cada vez mais a “novos direitos, todos mais ou menos tendentes a assumirem a qualificação de ‘fundamentais’” (a exemplo do direito à sadia qualidade de vida, das gerações futuras e dos animais), todos eles seriam órfãos de “mediação formal”. Nessa perspectiva, surgiriam à conta e risco da *jurisprudência*, mediante uso da técnica da “interpretação conforme à Constituição, que o neoconstitucionalismo considera parte integrante da sua abordagem”<sup>380</sup>.

Somando-se à corrente que vê com ressalvas a consolidação de um modelo de jurisdição que estaria se valendo “de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais”, Lenio Luiz Streck compreende que estariam sendo fincados marcos *positivistas* no novo sistema constitucional em tentativa de superação de seus limites teóricos, mas tendo-se por consequência a abertura de caminho para a *discrecionariedade* e o enfraquecimento do papel da *doutrina* frente ao poder de decisão dos *tribunais*<sup>381</sup>. Esse raciocínio, deixando margem à subjetividade, à vontade do julgador, teria transformado os princípios em “álibis teóricos”, indevidamente invocados como “mandados de otimização”, para “suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras”<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> CAPPELINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação...* Op. cit., p. 59-60.

<sup>380</sup> CAPPELINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação...* Op. cit., p. 60.

<sup>381</sup> Streck assim esclarece seu pensamento: “Dizendo de outro modo, a questão, no fundo, é paradoxal: os princípios antes autorizadores do “fechamento do sistema” a partir do exercício da *discrecionariedade* nos casos difíceis (omissão da lei, lacunas etc.), agora soçobram diante dos princípios constitucionais instituídos para evitar essa “delegação” de índole *kelseniana-hartiana*”. A força simbólica de(sses) dispositivos que fincam os marcos do positivismo no interior do (novo) constitucionalismo enfraquece sobremodo o valor da doutrina na construção do conhecimento jurídico, com o consequente fortalecimento do papel do aplicador da lei. Cada vez mais, os juristas ficam à mercê de decisões tribunalícias, como a dar razão ou a repriminar as velhas teses do realismo jurídico, pelas quais o direito se realiza na decisão, forma acabada de um positivismo que, buscando superar o normativismo exegético, abriu, historicamente, o caminho para *discrecionariedades* e *decisionismos*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 166).

<sup>382</sup> E prossegue o autor gaúcho: “Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vêm recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciais, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metaregras, além de, em muitos casos, sofrerem tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...* Op. cit., p. 175).



Dentre os resultados polêmicos dessa prática, Streck denuncia a difusão do entendimento (*equivocado*) de que o sistema jurídico comportaria, mediante “dedução criativa”, tantos princípios quanto sejam necessários à solução de casos difíceis ou correção de incertezas da linguagem<sup>383</sup>. Trata-se do problema do “pamprincipiologismo”.

#### 4.3 O PROBLEMA DO PAMPRINCIPIOLOGISMO COMO TÉCNICA DE VALIDADE E INTERPRETAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Os acórdãos analisados neste trabalho não deixam dúvida de que processos relacionados à proteção do meio ambiente vêm sendo julgados no Brasil com argumentação assentada preponderante em *princípios*, mediante utilização da técnica da *ponderação*<sup>384</sup>.

No âmbito doutrinal, a realidade *não é* diferente. Tanto nos autores clássicos quanto nos mais recentes trabalhos dedicados à sistematização do direito ambiental, observam-se referências ao caráter preponderantemente *principiológico* da estrutura desse ramo da ciência jurídica.

Em extensa obra sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer enunciam, por exemplo, um total de *16 princípios* centrais<sup>385</sup>, além de outros tantos subsidiários ou integrativos.

---

<sup>383</sup> A crítica de Streck ao modelo de “julgamento por princípios” é incisiva: “Por fim, é relevante dizer, ainda, que as posturas voluntaristas do Direito acabaram por dar azo a uma verdadeira fábrica de princípios, fenômeno ao qual dei o nome de “pamprincipiologismo”, que fragiliza sobremodo o grau de autonomia que deve ter o Direito na contemporaneidade. Essa crítica é ratificada por Luigi Ferrajoli, para quem a proliferação de princípios não passa de argumentações morais, que conduzem inexoravelmente à fragilização do direito. (...) Um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a “positivação dos valores”. Esse “anúncio” facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários para solver os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito... Op. cit.*, p. 171).

<sup>384</sup> Registra-se, ainda, notícia veiculada no site do STJ na Internet, em 31/05/2010, na qual são destacados 05 princípios dentre aqueles que a jurisprudência da Corte “tem acatado ao fundamentar decisões na área ambiental”: 1 – Princípio da solidariedade; 2 – Princípio da precaução; 3 – Princípio da responsabilidade; 4 – Princípio do mínimo existencial ecológico; 5 – Princípio da proibição do retrocesso ecológico. (Cf. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Princípios de interpretação ajudam o STJ a fundamentar decisões na área ambiental*. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/function.session-start?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=23&id\\_noticia=51266](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/function.session-start?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=23&id_noticia=51266), acesso em 31/12/2018).

<sup>385</sup> Seriam eles: 1 - Princípio do estado (sócio) ambiental de direito; 2 – Princípio do federalismo cooperativo ecológico; 3 – Princípio da dignidade da pessoa humana (em sua dimensão ecológica); 4 – Princípio da dignidade do animal não-humano e da vida em geral; 5 – Princípio da solidariedade; 6 – Princípio da responsabilidade em face das presentes e das futuras gerações; 7 – Princípio do poluidor-pagador e do usuário pagador; 8 – Princípio do desenvolvimento sustentável; 9 – Princípio da função ambiental da posse e da propriedade; 10 – Princípio da participação pública; 11 – Princípio da prevenção; 12 – Princípio da precaução; 13 – Princípio da cooperação (nacional e internacional); 14 – Princípio da não discriminação e do acesso equitativo aos recursos naturais; 15 – Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; 16 – Princípio da proibição de retrocesso ambiental. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

Já Marcelo Abelha Rodrigues indica *04 princípios* principais<sup>386</sup>, posicionando os tradicionais princípios da *prevenção*, da *precaução*, da *função socioambiental da propriedade privada* e da *responsabilidade ambiental* como “subprincípios de concretização do poluidor/usuário-pagador”.

Frederico Amado, por sua vez, encontrou *16 princípios* principais<sup>387</sup>, além de referenciar outros 11 a partir da doutrina pátria<sup>388</sup>.

A leitura de Paulo de Bessa Antunes aponta um total de *09 princípios*, com destaque a seu relevante papel na ordem jurídica de “dotar o sistema de unidade, coerência e harmonia, servindo de guia para o intérprete”, conforme orientação do constitucionalismo e da nova hermenêutica<sup>389</sup>.

Carla Pinheiro, da mesma maneira, compreende existente um conjunto de *14 princípios* gerais do direito ambiental, integrado por 11 subespécies, todos decorrentes de normas internacionais, de produção doutrinária e da jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>390</sup>.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, haveria *06 princípios*, os quais constituiriam “pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada”<sup>391</sup>.

---

<sup>386</sup> Seriam eles: 1. Princípio da ubiquidade; 2 – Princípio do desenvolvimento sustentável; 3 – Princípio da participação; 4 – Princípio do poluidor/usuário-pagador. (Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

<sup>387</sup> Seriam eles: 1. Princípio da prevenção; 2 – Princípio da precaução; 3 – Princípio do desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento; 4 – Princípio do poluidor (ou predador) - pagador ou da responsabilidade; 5. Princípio do usuário-pagador; 6 – Princípio da cooperação entre os povos; 7 – Princípio da solidariedade intergeracional ou equidade; 8 – Princípio da natureza pública (ou obrigatoriedade) da proteção ambiental; 9 – Princípio da participação comunitária ou cidadã ou princípio democrático; 10 – Princípio da função socioambiental da propriedade; 11 – Princípio da informação; 12 – Princípio do limite ou controle; 13 – Princípio do protetor-recebido; 14 – Princípio da vedação do retrocesso ecológico; 15 – Princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada; 16 – Princípio da gestão ambiental descentralizada, democrática e eficiente. (Cf. AMADO, Frederico. *Direito ambiental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017).

<sup>388</sup> Seriam eles: 1. Princípio do direito ao meio ambiente equilibrado (Paulo Affonso Leme Machado); 2. Princípio do direito à sadia qualidade de vida (Paulo Affonso Leme Machado); 3. Princípio da reparação (Paulo Affonso Leme Machado); 4 – Princípio da correção prioritariamente na fonte (art. 174, “2”, do Tratado da União Europeia); 5. Princípio da Integração (Alexandra Aragão); 6 – Princípio do nível elevado de proteção (Alexandra Aragão); 7. Princípio do progresso ecológico (Alexandra Aragão); 8 – Princípio do mínimo existencial ecológico (STJ); 9 – Princípio da ubiquidade (Celso Antonio Pacheco Fiorillo); 10 – Princípio do equilíbrio (Paulo de Bessa Antunes); 11 – Princípio da boa-fé objetiva (STJ). (Cf. AMADO, Frederico. *Direito ambiental... Op. cit.*, p. 103-104).

<sup>389</sup> Seriam eles: 1 – Princípio da dignidade da pessoa humana; 2 – Princípio do desenvolvimento; 3 – Princípio democrático; 4 – Princípio da precaução; 5 – Princípio da prevenção; 6 – Princípio do equilíbrio; 7 – Princípio da capacidade de suporte; 8 – Princípio da responsabilidade; 9 – Princípio do poluidor pagador. (Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 18 e ss.).

<sup>390</sup> Seriam eles: 1 – Princípio da equidade; 2 – Princípio da ubiquidade; 3 – Princípio da cooperação; 4 – Princípio da participação; 5 – Princípio do desenvolvimento sustentável; 6 – Princípio da proporcionalidade; 7 – Princípio da prevenção; 8 – Princípio da precaução; 9 – Princípio da responsabilidade; 10 – Princípio do poluidor pagador; 11 – Princípio da informação; 12 – Princípio da função socioambiental da propriedade; 13 – Princípio da proibição de retrocesso ecológico; 14 – princípio do progresso ecológico. (Cf. (PINHEIRO, Carla. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82 e ss).

<sup>391</sup> Seriam eles: 1 - Princípio do desenvolvimento sustentável; 2 - Princípio do poluidor-pagador; 3 - Princípio da prevenção; 4 - Princípio da participação; 5 - Princípio da ubiquidade; 6 – Princípio da vedação do retrocesso. (Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013).

Édis Milaré, a seu modo, aponta 13 “princípios fundamentais em espécie”, também se filiando à corrente que compreende que a seara ambiental comportaria uma *lógica própria*, a qual deveria ser *sempre* (ou pelo menos *preferencialmente*) orientada pelo interesse de máxima preservação da natureza e do equilíbrio ecológico<sup>392</sup>.

Não há dúvida de que um elenco tão vasto de possíveis valores político-morais para a pauta das condutas humanas relacionadas ao meio ambiente impressiona, ao mesmo tempo em que pode vir a ser alvo de crítica doutrinária sob a perspectiva dos problemas teóricos enfrentados pela jurisdição na sua operacionalização. Neste sentido, Lenio Luiz Streck afirma que os princípios têm sido empregados na prática forense “com nítida pretensão retórico corretiva” e com contornos até mesmo tautológicos<sup>393</sup>. Dentre os exemplos que cita em suporte a seu argumento, destaca, da seara *ambiental*, o princípio da *precaução* - sugerindo que não seria adequado erigir a *prudência* como um princípio do sistema jurídico -, e o princípio da *ubiquidade* - registrando a grande *variabilidade* de modos de proteção do meio ambiente. Para ele, estaria havendo uma “profusão interminável” de preceitos para os quais se pretenderia assegurar o regime jusfundamental, mas *sem quaisquer critérios objetivos* de definição dos respectivos *standards interpretativos*<sup>394</sup>.

Outra ressalva relevante a ser considerada é aquela feita por Virgílio Afonso da Silva sobre o *equivoco* percebido por ele, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que se refere à *indistinção*, por exemplo, entre teorias que consideram “princípios” como “valores político-

---

<sup>392</sup> Seriam eles: 1 - Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito/dever fundamental da pessoa humana; 2 - Princípio da solidariedade intergeracional; 3 - Princípio da natureza pública da proteção ambiental; 4 - Princípios da prevenção e da precaução; 5 - Princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; 6 - Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público; 7 - Princípio do poluidor-pagador; 8 - Princípio do usuário-pagador; 9 - Princípio do protetor-recebedor; 10 - Princípio da função socioambiental da propriedade; 11 - Princípio da participação comunitária; 12 - Princípio da proibição do retrocesso ambiental; 13 - Princípio da cooperação entre os povos. (Cf. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 258 e ss).

<sup>393</sup> Dentre as evidências que o autor apresenta em suporte a essa crítica, destacam-se: “Veja-se, nesse sentido, o incontável elenco de “princípios” utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Podem ser citados o (...) princípio da precaução (nada mais, nada menos do que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio”?), (...); princípio da ubiquidade (um simples exame na legislação ambiental e na Constituição, assim como em regulamentos dos mais variados acerca da preservação do meio ambiente, aponta para a existência de diferentes modos de proteção ao meio ambiente, inclusive no que tange à relação entre causa e efeito, para dizer o menos)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 171-172).

<sup>394</sup> As dificuldades teóricas decorrentes desse modelo são destacadas por Streck na seguinte passagem: “Efetivamente, a lista é longa. Diria, interminável. Poder-se-ia acrescentar outros (...). Estamos, assim, diante de um considerável número de standards interpretativos, que mais se parecem com topoi ou axiomas com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais standards são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: ... Op. cit.*, p. 173-174).

morais da sociedade” (ex: Dworkin), “princípios” como “mandamentos de otimização” (ex: Alexy) e aquelas que os compreendem como *normas garantidoras* de direitos *prima facie* (ex: Humberto Bergman Ávila)<sup>395</sup>.

No mesmo sentido, Adrian Sgarbi identifica pelo menos *07 usos distintos* recorrentes para a palavra “princípio”, esclarecendo, contudo, que *nem todas* são dotadas de um efetivo “sentido jurídico-positivo”, não constituindo necessariamente normas postas pelo *legislador*, razão pela qual seria problemático compreendê-los como *impositivos* de condutas em determinado sentido<sup>396</sup>. Como lembra Sgarbi, os juízes não estariam obrigados a afirmar o sentido de um princípio em alinhamento com eventual compreensão dada pelo legislador ou pela doutrina, circunstância que, consequentemente, abriria margem para a discricionariedade<sup>397</sup>.

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto também vê como problemático o questionamento da *validade* de normas de conduta em julgamentos tomando-se por base “princípios e ponderação como técnica”. Segundo o autor, tal postura enfraqueceria a capacidade de orientação normativa, ensejando uma atuação subjetiva dos agentes públicos<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. V. 1. Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630.

<sup>396</sup> O autor assim esclarece: “Por exemplo, <<princípio jurídico>> tem sido usado recorrentemente para: [P1]: Evidenciar traços ou aspectos importantes de um ordenamento jurídico; [P2] Expressar generalizações obtidas a partir das regras do conjunto normativo; [P3] Indicar as normas que apresentam caráter fundamental em relação às outras; [P4] Referir-se a regras de natureza suprallegal e juízos valorativos extrasistemáticos; [P5] Destacar coincidências normativas entre os diversos ordenamentos jurídicos; [P6] Qualificar normas que estabelecem objetivos gerais para todo o conjunto normativo; [P7] Ressaltar as possibilidades lógicas das normas jurídicas. (...) Contudo, se os <<princípios>> não constituem normas em algum sentido <<postas>> pelo legislador, dificilmente se poderia reconduzi-los aos critérios de produção normativa. A consequência disso é óbvia: deveria ser recusada a noção de ser o direito um conjunto de normas identificáveis por um processo produtivo relacionado a autoridades normativas, o que sem dúvida é problemático”. (SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 77-78).

<sup>397</sup> Para ele: “Atribuir a uma disposição não identificada pelo legislador o título de princípio decorre de uma valoração do intérprete, sendo, por conseguinte, uma discricionariedade. E essa discricionariedade pode ser não apenas doutrinária, mas judicial. Neste particular, são os juízes os atores a reconhecerem nos textos legais <<princípios>>. Quanto a isso, normalmente há convergência entre as opiniões doutrinárias e as judiciais, embora não haja qualquer caráter de necessidade nisso. Portanto, assim como a identificação doutrinária, esse princípio afirmado pelos juízes não passará de sobrevalorização do órgão de decisão. Ou seja, como afirmação jurisprudencial, do mesmo modo que a doutrinária, nada impede ser um princípio afirmado pelos juízes em franco contraste com a consideração legislativa ou mesmo doutrinária”. (SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito... Op cit.*, p. 85).

<sup>398</sup> Segundo Carvalho Neto: “Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios e ponderação como técnica – elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. Explica-se: ao constatar que os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico, torna-se possível argumentar, em qualquer caso, por mais ordinário que seja, a favor do resultado que se considera o mais correto, uma vez que o texto fundamental alberga uma infinidade de valores contraditórios em sua essência. Impende, pois, recolocar o julgamento por princípios no seu devido lugar”. (CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Julgamento por princípios – duas projeções (diretas) do princípio da impessoalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: (i) necessidade de motivação na dispensa de empregados públicos e (ii) proibição do nepotismo*. In LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman

Gustavo Zagrebelsky, por sua vez, destaca que a pluralidade e a ausência de uma hierarquia formal entre princípios implicariam a *impossibilidade* de estruturação de uma *ciência* propriamente dita para sua articulação, a qual acabaria limitada a uma prática prudencial de *ponderação*. Para ele, a *concorrência prática* e o *balanço* entre bens jurídicos dirigidos pelo princípio da *proporcionalidade*, como sugerido pela doutrina alemã, evidenciariam esse enfoque. No entanto, por maiores que sejam os esforços das jurisprudências constitucionais em tentativa de formalização de procedimentos lógicos dessa ponderação, os resultados seriam *desalentadores* do ponto de vista da *ciência jurídica*. Segundo a compreensão do jurista italiano, a *otimização de todos os princípios* talvez seja a *única regra formal* de que se possa falar a partir do uso dessa técnica – ainda que o alcance desse resultado seja uma questão “eminentemente prática e <<material>>”<sup>399</sup>. Ao tempo em que sustenta ser a compreensão da dimensão jurídica por princípios “a mais idônea para a sobrevivência de uma sociedade pluralista, cuja característica é o contínuo reequilíbrio através de transações de valores”, haveria risco de derivação dessa ideia em algo como um “mercado de valores” ou à “tirania de um só valor da economia, capaz de submeter a seu julgo todos os demais, originariamente de natureza não econômica”<sup>400</sup>. Para evitá-lo, haveria que se afirmarem “valores sem preço”, alcançando-se o equilíbrio em caso de disputa mediante *ponderação* com *valores do mesmo tipo*, sem a mediação *homologadora* e *desnaturadora* do *dinheiro*<sup>401</sup>.

Como se pode observar, tais reflexões críticas novamente projetam a problemática deste estudo ao campo da *teoria do direito*, mais especificamente sob a perspectiva de entendimento dos *limites* e das *distinções* entre as *diferentes propostas filosóficas* de compreensão do fenômeno da *normatividade*, *identidade* e da *autoridade* jurídicas. Trata-se de ferramenta para se tentar evitar aquilo que, no Brasil, poderia ser denominado, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “sincretismo metodológico”<sup>402</sup>.

---

& ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord.). Juiz constitucional: estado e poder no século XXI: homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 521).

<sup>399</sup> De acordo com o pensamento de Zagrebelsky, a coexistência de princípios e valores depende necessariamente da perda de seu caráter absoluto. Seria essa a condição para se tornar possível a construção de um sistema formal fechado a partir de apenas um deles. Se forem concebidos em termos absolutos, os princípios se converteriam rapidamente em “inimigos entre si”: “Ao final, um se erigiria soberano sobre todos os demais e sozinho perseguiria desenvolvimentos subsequentes. Todavia, nas Constituições pluralistas não cabe que isso seja assim. Os princípios e os valores devem ser controlados para evitar que, adquirindo caráter absoluto, se convertam em tiranos. Além disso, é próprio dos princípios e dos valores a capacidade de se relativizarem, a fim de poderem se conciliar reciprocamente. Desse ponto de vista, se distinguem tanto da ética quanto das regras jurídicas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia...* Op. cit., p. 125).

<sup>400</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia...* Op. cit., *idem*.

<sup>401</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia...* Op. cit., p. 126.

<sup>402</sup> Trata-se de problema teórico, com implicações práticas substanciais, assim apresentado pelo autor: “Como conclusão, ficam algumas poucas palavras sobre um fenômeno que, no Brasil, vem ganhando proporções cada vez maiores,



#### 4.4 O PROBLEMA DOS LIMITES DAS PROPOSTAS JUSNATURALISTA, JUSPOSITIVISTA E O NEO(PÓS)POSITIVISMO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Os acórdãos examinados neste trabalho, assim como os seus respectivos referenciais teóricos e doutrinários de suporte, evidenciam que o tema da proteção do meio ambiente vem sendo submetido pelas Cortes Superiores pátrias a juízos preponderantemente tendentes à verificação da correção *moral, ética, política, social, econômica e ecológica* das decisões. Para tanto, *inúmeros* princípios têm sido articulados – algumas vezes em detrimento até mesmo de prescrições normativas positivas abstratas (legislativas ou executivas), conforme a vontade de cada julgador. Ou seja, se o processo for ambiental, considerados os interesses difusos que poderiam, em tese, ser afetados pelos resultados dos julgamentos, haveria margem de *conformação* do sistema por parte dos magistrados, mediante *ponderação* (subjetivo-individual) de eventuais valores em conflito.

Ocorre que, ao se admitir a possibilidade de que o Judiciário possa invocar argumentos de responsabilidade moral, social, política, econômica ou ecológica para justificar o exercício de funções *atípicas* (ou ocupar “espaços vazios de poder”), o sistema ganha contornos de matriz conceitual (teórica) preponderantemente *jusnaturalista* (não raro com conotação *subjetivista*), em detrimento de perspectivas como a *juspositivista*, as quais propõem um afastamento de reflexões filosóficas e científicas que não assegurem uma *objetivação* dos critérios de tomada de decisão.<sup>403</sup> Numa perspectiva em que se atribui papel importante ou até mesmo preponderante a *princípios* em detrimento de limitações *regradas*, já não mais haveria que se falar em uma função de mera *subsunção*, verificação de *validade* ou *interpretação*, mas sim em uma função *criativa* da jurisprudência<sup>404</sup>.

---

fenômeno que eu chamaria de "sincretismo metodológico". Esse sincretismo metodológico, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem. (...) A distinção entre regras e princípios, como foi visto, tem como uma de suas principais características exatamente a exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplicá-los. Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de serem incompatíveis, sejam defendidas, no Brasil, como se complementares fossem? Responder a essa pergunta é tarefa difícil. Já que não se costuma deixar clara a forma de harmonizar ambas as teorias, sendo elas apenas apresentadas, ficando apenas implícito o caráter complementar delas”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: ... Op. cit.*, p. 627).

<sup>403</sup> Como argumenta Shapiro: “Se o positivista estiver correto e a existência e o conteúdo de sistemas jurídicos forem determinados em última instância apenas por fatos sociais, então a única maneira de demonstrar conclusivamente que uma pessoa tem autoridade legal, ou que ela está interpretando textos legais propriamente, é pelo engajamento em investigação social. Apenas observando o que as pessoas pensam, intencionam, alegam, dizem ou fazem é que o jurista poderá definitivamente demonstrar que o direito é de tal jeito em qualquer instância particular. Por outro lado, se o teórico jusnaturalista estiver certo e a existência e conteúdo de sistemas jurídicos for determinada em última instância por fatos morais, então é impossível demonstrar de forma conclusiva qual é o direito em qualquer caso particular sem engajamento em investigação moral. A filosofia moral seria indispensável para o estabelecimento da verdade de proposições legais, porque seria essencial para o estabelecimento da validade de alegações sobre autoridade legal e método interpretativo apropriado”. (SHAPIRO, Scott. *Legality... Op. cit.* p. 29-30).

<sup>404</sup> O pensamento de Gustavo Zagrebelsky é nesse sentido: “Esta já é uma forma de atribuir um papel importante aos princípios, porque em todos os casos que se acabam de indicar de carência de uma ou de apenas uma regra, as

Para o *jusnaturalista*, a crítica valorativa (moral) diante de uma situação concreta em prol da proteção integral do meio ambiente se daria em caráter *antecedente (a priori)*, tomando-se por base geralmente critérios *subjetivos, visão de mundo* ou de *utilidade (pragmatismo)* do julgador. Para o *juspositivista*, por outro lado, o momento dessa análise seria *a posteriori*, no qual procuraria fundar a decisão em *atos sociais objetivos*, a partir dos quais extrairia o sentimento geral predominante<sup>405</sup>.

Reconhecendo os problemas existentes na fronteira entre as leituras *juspositivista* e *jusnaturalista*, Eduardo Cambi afirma que surgiria, como consequência filosófica propulsão pela *neoconstitucionalização*, o *neopositivismo*. Essa proposta, segundo o autor estaria fundada no declínio da *Escola da Exegese* frente à *nova hermenêutica*, à *força normativa da constituição* e à *contratualização* do Estado<sup>406</sup>.

Dimitri Dimoulis, no entanto, compreende que essa proposta, a que denomina *pós-positivista*, teria sido alvo de uma *radicalização*, “à brasileira”, com agregação de contornos *idealistas* e *moralistas* geralmente fundada em autores, dentre outros, como Dworkin e

---

teses positivistas mais estritas se limitavam a afirmar a ausência de direito e a liberdade do intérprete para recorrer a critérios morais, em todo caso extrajurídicos. Aqui, segundo esse ponto de vista, já não estaríamos diante de uma <<interpretação>> e se teria possibilitado propriamente uma função criativa da jurisprudência”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia... Op. cit.*, p. 117).

<sup>405</sup> Segundo Adrian Sgarbi: “Na realidade, como adverte Farrel: <<O positivista jurídico avalia moralmente o direito, para o efeito de determinar sua obrigatoriedade, tanto quanto faz o partidário do direito natural. A única diferença entre ambos é o momento em que esta avaliação é levada a cabo>>. [Porque] <<O partidário do direito natural realiza esta avaliação no começo de seu trabalho; antes de permitir que uma norma seja considerada Direito, o jusnaturalista a submete a um escrutínio moral: se a norma não se ajusta aos ditames da moral, a norma não é jurídica (...)>> [Já o] <<Positivista jurídico realiza esta mesma avaliação no final de seu trabalho””. (SGARBI, Adrian. *Idem*, p. 348-349).

<sup>406</sup> Esse diagnóstico é assim apresentado: “O neopositivismo é uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo. Trata-se de um novo modelo, na medida em que marca a superação dos modelos jusnaturalista e positiva. Vários fatores contribuíram para que, na segunda metade do século XX, a Constituição passasse a ocupar o marco filosófico da compreensão do direito. Dentre eles, destacam-se: a) o declínio da Escola da Exegese e a nova hermenêutica jurídica (filtração constitucional); b) a força normativa da Constituição, que deixa de ser mera carta de intenções políticas, passando a vincular juridicamente os detentores do poder; c) a natureza contratual do Estado, que, desde o Iluminismo, não pode ser considerado um fato natural, o que implica a noção de que o Direito é produto da razão, e, conseqüentemente, não emana de Deus (separação entre o Estado e a Igreja)”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso*... p. 100).

Alexy<sup>407</sup>. Para Dimoulis, isso evidenciaria a *fraqueza teórica* do direito pátrio, o qual insistiria na visão de que seria possível *legitimar o direito pela moral*<sup>408</sup>.

Já Scott Shapiro afirma que, para que o mundo contemporâneo não esteja fadado à *descrença* e à *insegurança*, fruto de *desentendimentos antecedentes* sobre o *direito* e os próprios *fundamentos* da vida em sociedade, os quais *difícilmente* se solucionarão, deveria se insistir num sistema *positivo, coerente, conhecido e assimilado* por *todos* os operadores, que se mantenha *distante* da realização de embates *morais*. Segundo Shapiro, uma ordem jurídica *coerente* não poderia prescindir da garantia, no mínimo, de *credibilidade* e *estabilidade racional*, de *espaços de diálogo eficientes no processo*, nos quais *todos* os atores interessados possam se manifestar *qualitativamente* em tentativa de apresentação de seus pontos de vista para formação do convencimento. Sem um método fundado na *legalidade* (compreendida como *juridicidade*), por intermédio da qual se estabeleçam critérios *objetivos*<sup>409</sup> *prévios imperativos*, mesmo em hipótese de contrariedade a eventuais valores subjetivos do próprio julgador, desacordos primários sobre o direito se manteriam insolúveis<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> O autor assim argumenta: “No debate brasileiro, o termo pós-positivismo adquiriu significado moralista e idealista: Afirma Barroso em texto de grande repercussão: “Pós-positivismo é designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”. Por isso seria necessário conseguir “a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo”. Esses significados moralistas e idealistas são admitidos por muitos autores, considerando que o pós-positivismo mistura descrição e avaliação do sistema jurídico, o ser do direito com referências ao dever ser ideal. O mesmo ocorre quando se classificam sob esse rótulo autores que, em nome da justiça e da tradição casuística medível, desconsideram a normatividade estatal, como é o caso de Theodor Viehweg, autores que consideram a interpretação jurídica como exercício de retórica sem vínculos normativos claros em nome da abstrata “razoabilidade”, como é o caso de Chaïm Perelman, e moralistas, como Dworkin e Alexy. Surpreende o fato de encontrarmos classificado como pós-positivista, ao lado desses pensadores, Friedrich Müller que, como dissemos, é um ferrenho crítico do moralismo (que denomina de antipositivismo), negando-se a abrir mão da tecnicidade do positivismo jurídico e insistindo na força coativa das fontes estatais do direito”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2.ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018., p. 183).

<sup>408</sup> Segundo esse pensamento: “Independentemente das estratégias teóricas, o maior problema do pós-positivismo brasileiro é sua fraqueza teórica. Tentando estabelecer um conteúdo teórico mínimo dos adeptos da corrente, fica claro que se trata de uma retomada da visão idealista do direito com base na junção entre direito e moral e na legitimação do primeiro pela segunda. Aceitando a palavra de ordem “levar a sério a moral”, a doutrina brasileira proclama que o Direito constitui um sistema aberto de valores, considerando necessária a “reinclusão da razão prática na metodologia jurídica”, a incorporação da “racionalidade material”, “a conexão necessária entre o direito e a moral e ainda a política” ou a adoção de doutrinas “que permitam (e justifiquem) a utilização de argumentos morais na fundamentação das decisões jurídicas e imponham (...) certos limites substanciais à validade das normas jurídicas” (...) Retomam-se, assim, as tradições do idealismo e de exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o atual (“nosso”) ordenamento jurídico como justo e moralmente adequado: “é a Justiça que o Direito Positivo visa instaurar na história”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico... Op. cit.*, 184-186).

<sup>409</sup> Fundados em prévio acordo valorativo (moral, ético, político, social, econômico e/ou ecológico), seja em momento histórico revolucionário (constituente) seja pela via da reforma/ inovação ordinária do sistema.

<sup>410</sup> Afinal: “O Estado de Direito floresce, portanto, somente quando intérpretes jurídicos possuem uma grande quantidade de autodisciplina. Eles devem, em outras palavras, resistir ao impulso de levar a interpretação jurídica

Para a teoria do direito, importaria *primeiramente*, segundo a leitura *positivista*, ainda que *não exclusivamente*, descrever as ordens jurídicas tal como se encontram estabelecidas, e não fazer avaliação quanto à *justiça* ou *injustiça* de seus conteúdos casuisticamente. A partir dessa premissa, seria possível afirmar que uma postura *jusnaturalista*, pretendente à revelação de uma ética *a priori* ou *universal* como regente das condutas humanas, forneceria uma visão *parcial* da realidade, colocando em risco o próprio ideal de proteção integral do meio ambiente.

Ao tempo em que o pensamento *jusnatural* convidaria à negação das ordens jurídicas que não passem pelo juízo valorativo (ético) escolhido pelo tomador de decisão, uma teoria fundada na *juridicidade* (*legalidade*) *positivada*, com distanciamento, tanto quanto seja possível, de juízos *políticos* e *morais*, possibilitaria uma maior aceitação geral dos julgamentos, evitando problemas que adviriam da invocação de sentimentos ou preceitos éticos *relativos* ou de *incerta* universalidade<sup>411</sup>.

Essa comparação entre ambos os paradigmas filosóficos evidencia, por outro lado, a atualidade dos embates e desafios decorrentes da adoção de quaisquer um deles como fundamento de decisão ou mesmo como lente de compreensão do fenômeno jurídico. É imperioso que haja, portanto, um *alinhamento* ou, ao menos, uma *aproximação prévia*, tendente ao *equilíbrio*, entre as *extremadas* visões de alguns atores acerca do direito e os eventuais interesses em disputa. O conjunto de preceitos informadores da *pós-modernidade* deveria ser operado sempre com empenho de se procurar ao máximo a substituição *harmônica* de velhas práticas por novas, *sem radicalismos* ou *ideologias vazias*. *Equívocos*, *distorções* ou *má-compreensões* sobre os *fundamentos conceituais* (*teóricos*) das decisões jurisdicionais que visam à proteção do meio ambiente convidam a um maior diálogo acadêmico para melhor entendimento e possível compatibilização entre as propostas filosóficas analisadas.

---

como um convite para filosofar sobre as grandes questões morais e políticas de seu tempo. Em vez disso, eles devem suspender seu julgamento moral e mostrar fidelidade ao ponto de vista jurídico. Ter a capacidade de pensar dentro da caixa, devemos dizer, é a última virtude passiva do intérprete jurídico. Pois a lógica do planejamento é respeitada somente quando o processo de interpretação jurídica não desmonta as questões que o Direito visa resolver”. (SHAPIRO, Scott. *Legality...* *Op. cit.* 398).

<sup>411</sup> Conforme pensamento de Hans Kelsen, assim apreendido por Dimitri Dimoulis: “Referindo-se ao ideal da justiça, Kelsen insiste que as crenças sobre o Bem e o Mal dependem da opção dos indivíduos: ‘seus juízos de valor (...) e, portanto, sua ideia de justiça, baseiam-se, por fim, em nada mais que seus sentimentos. Nenhuma verificação objetiva de seus respectivos juízos de valor é possível. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, suas ideias de justiça são muito diferentes’. (...) Se a pergunta sobre o que é bom não permite uma única resposta, devemos admitir que há sistemas morais múltiplos e, em parte, contraditórios entre si. Mesmo quem possui crenças morais claras não nega as divergências de opinião sobre a moral como fato social. Reconhecer a multiplicidade dos sistemas morais e afirmar que os valores dependem da escolha subjetiva de grupos e pessoas não significa que todos aprovelem essa multiplicidade. Bem ao contrário, as regras morais têm caráter de concição profunda e duradoura. (...) Isso indica que a aceitação da tese juspositivista não depende da opinião do estudioso sobre a existência, a objetividade e a universalidade dos valores morais. O juspositivista dirá que a existência da moral, mesmo objetiva e universal, não pode impedir que o direito a contrarie e que o estudioso tenha a obrigação de registrar a validade independentemente de seu valor moral”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico...* *Op. cit.*, p. 112-115).

Talvez o maior desafio que se coloque à superação dessa problemática seja precisamente a *elevação* do *plano teórico* de discussão, mediante reconhecimento de que, por mais que se pretenda forjar um quadro-normativo primário (*primary legal framework*) para ser imposto como guia ou limitador rígido ao esquadro racional decisório dos juízes, a realidade demonstra que os magistrados são o que são: seres humanos, brasileiros, com vencimentos e prerrogativas que os posicionam dentre as classes mais abastadas e poderosas da nação, que não raramente se indignam e reagem aos desmandos públicos que têm perpetuado mazelas no país, com agir atualmente dotado de profunda *legitimação popular* e que, ao decidirem, o fazem não só com base na *juridicidade* (*legalidade*), mas também a partir de critérios assentados em responsabilidade moral, política, social, econômica e ecológica.

Em verdade, nos *casos difíceis* (*hard cases*), os quais vêm sendo solucionados mediante emprego de marcos teóricos majoritariamente provenientes de países da tradição do *common law*, provavelmente a *juridicidade* tem se apresentado como o elo de ruptura até mais simples, seja em razão do descrédito que tem sido atribuído ao Parlamento (e, nessa visão, à legalidade estrita enquanto norma-primária), seja devido à ideia de que aos juízes seria confiada a prerrogativa de ajustar o sistema, pela via do processo, à resposta que cada caso exigiria especificamente – ainda que não haja *consenso* (ao menos *majoritário*) acerca de qual seria a *melhor* resposta (*adequada*) a ser dada.

#### 4.5 A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW E DO REALISMO PRAGMÁTICO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

A perspectiva de que juízes possam, a partir de princípios e do “clamor das peculiaridades do caso concreto”, proferir decisões até mesmo em eventual descompasso frente à legalidade estrita - ou ocupando espaços de criação e regulamentação normativa que, numa visão clássica, seriam em tese reservados ao Legislativo e ao Executivo -, faz com que o ordenamento jurídico brasileiro assuma contornos mais próximos dos sistemas de *common law*, conforme as matrizes *inglesa*<sup>412</sup> e *norte-americana*<sup>413</sup>, do que daqueles provenientes do *civil law*, de tradição *romano-germânica* (Europa ocidental continental).

---

<sup>412</sup> Segundo a lição de José Rogério Cruz e Tucci: “O direito que começava a germinar na antiga Britânia era essencialmente autóctone, fundado na regra reconhecida e na prática quotidiana, e muito pouco influenciado pelo ius romanus. Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na praxe dos tribunais canônicos, e, no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma, seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150).

<sup>413</sup> E prossegue o mesmo autor sobre as características da tradição do common law: “Verifica-se que, ainda hoje, prevalece entre os juristas norte-americanos a ideia clássica de que o sistema da common law “consiste em aplicar a razão e a experiência”. Toda a teoria que daí decorre parte da suposição de que a experiência proporcionará o



Sob o argumento central de que nem o legislador nem a administração pública teriam condições de prever abstratamente nas normas que editam *todas* as hipóteses necessárias à disciplina da vida em sociedade, a prática forense, com largo apoio doutrinário, vem se distanciando cada vez mais da *subsunção objetiva* como método prevalente, passando a se valer de artifícios de *interpretação* e *justificação* subjetivos no ímpeto de promoção de justiça nos julgamentos<sup>414</sup>.

O que se verifica, portanto, é uma *alternância* substancial quanto à *primazia das fontes*. Ao tempo em que, na tradição do *civil law*, haveria prevalência do direito *legislado*, oriundo de decisão parlamentar *a priori* dotada de legitimação democrática *majoritária*, relegando-se a autoridade da jurisdição a um “segundo plano”, no âmbito do *common law*, a *judicial review* e os *precedentes* passariam a ser dotados de maior autoridade e margem de *liberdade (discrecionalidade)* para a predição de casos futuros.<sup>415</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho avalia esse fenômeno como uma consolidação do poder da jurisdição de “dizer a vida e a morte”, a partir de uma atuação *voluntarista* do julgador, que teria passado a se arvorar na prerrogativa de afirmar o direito no caso concreto de forma até mesmo *vinculante* ou em *contraposição a valores históricos fundamentais*<sup>416</sup>.

---

fundamento mais satisfatório para os standards da ação e princípios de decisão. Sustenta-se, com acerto, que o Direito não pode ser criado arbitrariamente por um fiat da vontade soberana, mas, sim, descoberto pela experiência judicial e jurídica baseada em regras e princípios que, no passado, lograram alcançar uma solução justa ou fracassaram nesse intento” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito... Op. cit.*, p. 168).

<sup>414</sup> Sobre o método e dimensões de manifestação em ambos os sistemas: “(...) o sistema da common law e a experiência jurídica romana evoluíram sob circunstâncias históricas peculiares e totalmente heterogêneas. As formas de produção do direito e a própria ciência jurídica de cada qual são também diferentes. Basta pensar no “fato de que o direito inglês e aqueles que se inspiraram em seu modelo são direitos de ‘juizes’ – Judge-made law – enquanto o direito romano é um direito de juristas (Juristenrecht). No primeiro, a criação do direito se manifesta por meio da sentença, no outro, mediante ato interpretativo. (...) No direito romano, pelo contrário, o jurista abstraía-se de todos os elementos que pormenorizavam as hipóteses já decididas e, assim, não se preocupava com a descrição dos fatos estruturais daquelas. O operador romano se limitava a subsumir o caso concreto no caso-tipo: apenas se a situação concreta não se encaixava entre aquelas já tipificadas é que o jurista deveria individuar um caso novo, por meio de um procedimento assemelhado ao de qualquer intérprete que deva colmatar a lacuna da lei”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito... Op. cit.*, p. 182-184).

<sup>415</sup> Conforme José Rogério Cruz e Tucci: “A dimensão da eficácia do precedente concerne à intensidade da influência que ele exerce sobre a decisão de um caso futuro. O ponto de referência normativo no âmbito da common law é exatamente o precedente judicial, enquanto no tradicional sistema de fontes do direito que vigora nos países regidos pela civil law, o precedente, dotado de força persuasiva, é considerado fonte secundária ou fonte de conhecimento do direito. (...) A peculiaridade da incidência do precedente em cotejo com a aplicação da lei consiste sobretudo na amplitude da área de discrecionalidade que o juiz inglês possui. A individuação da ratio decidendi é uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito... Op. cit.*, p. 185-186). E também Jean Rodrigues Salles: “O ponto crucial é entender que o Judiciário, seguindo os parâmetros constitucionais, está legitimado a controlar as decisões políticas dos demais Poderes, e que o grande crescimento do judicial review não se dá única e exclusivamente por tal fator, mas também pela forte interferência judicial em questões tradicionalmente de atribuição exclusiva do Legislativo e Executivo”. (SALLES, Jean Rodrigues. *Eles não sabem o que fazem: uma anamnese do sublime ato de julgar*. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016, p. 52).

<sup>416</sup> Segundo Coutinho: “Com efeito, tem-se a jurisdição como o poder de dizer o direito no caso concreto de forma vinculante e cogente. A par da sua finalidade primeira (dizer o direito no caso concreto) e da sua maior

Essa problemática abriria as portas, de acordo com a compreensão de Dimitri Dimoulis, para uma leitura do direito brasileiro pelo viés *realista*, de matriz teórica estado-unidense, segundo a qual a decisão da autoridade (juiz) no caso concreto seria a manifestação mais *própria* (e *adequada*) do poder normativo estatal. Já não reunindo nem o Legislativo nem o Executivo condições de atender, pela via da normatização geral abstrata, as *multidimensionais* necessidades sociais *pós-modernas*, recairia inevitavelmente no magistrado a missão de realizar a ponderação valorativa de que teriam se furtado os demais poderes (ainda que mediante razões extrajurídicas), para que se possa, assim, pacificar com a maior eficácia possível o conflito que lhe for submetido a julgamento<sup>417</sup>.

Para Lenio Luiz Streck, *ativismo*, *subjetivismo*, *protagonismo* e *realismo* seriam conceitos que andariam “lado a lado”, na medida em que o conjunto teórico proporcionado por essas ideias conduziria, invariavelmente, ao deslocamento de toda a atenção do sistema para a figura do “sujeito-juiz”, circunstância que, conseqüentemente, convidaria a novas reflexões teóricas voltada à explicação do modo pela qual se daria a articulação entre esses fatores no ato de decisão<sup>418</sup>.

---

característica (a possibilidade, se for o caso, da vinculação e cogência das decisões, ou seja, a coisa julgada), é na noção de poder que se encontra o grande elemento a ser entendido. Como uma face do poder do Estado, quem a detém emite ordens, comanda. Não se trata, assim, de um mero dizer o direito, algo possível a qualquer um; e sim de um *dicere ius* marcado pelo poder jurisdicional, ou seja, revelado em decisões que podem se transformar em res judicata. Neste sentido (pode-se perceber) é um poder – ou pode ser – de vida e morte, que não encontra comparação, pela sua singularidade, dentre as outras faces com as quais o poder estatal se manifesta. Eis, por conseguinte, a sua importância como ato processual”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A linguagem dos tribunais (e a linguagem os juizes e advogados)*. In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (Org.) ... [et al.]. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 289).

<sup>417</sup> Para o autor: “A partir do momento em que o juiz pode decidir de acordo ou não com a norma superior, influenciado por uma série de fatos pessoais e sociais, o realismo considera juridicamente existentes somente as decisões que, na visão tradicional, se encontram na base da pirâmide. Temo aqui a (impossível) imagem da pirâmide de um andar só. Isso significa que não se reconhece, no âmbito jusrealista, a dinâmica normativa que permitiria classificar hierarquicamente normas e explicar sua criação com referência a outras normas. Só existe uma manifestação de vontade da autoridade (fato) e sua decisão com base nessa vontade (também fato). “O juiz é soberano”, diz Lon Fuller com intenção crítica. (...) Os realistas não descartam a possibilidade de o estudioso analisar as funções sociais do direito e avaliar a pertinência de determinadas normas, formulando propostas de engenharia social sobre a configuração mais oportuna, eficiente ou progressista do sistema jurídico. Mas tais propostas que recorrem a disciplinas e ponderações extrajurídicas se distinguem do estudo do sistema jurídico, isto é, de suas práticas decisórias”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico ... Op. cit.*, p. 88-89).

<sup>418</sup> Essa crítica é desenvolvida por Streck em resposta à seguinte questão: “Pergunta 26 Então ativismo, subjetivismo, protagonismo, realismo são conceitos que caminham lado a lado? (R. D.) Lenio Streck: Sim. É possível dizer isso. Já falei antes do realismo norte-americano e do modo como se colocou como contraponto do formalismo positivista. Realismo escandinavo de Alf Ross, embora diferente do norte-americano, mostra um mais profundo empirismo do que seu coirmão. Há uma diferença entre o realismo escandinavo e o realismo norte-americano. O primeiro tem um cunho mais filosófico, mais próximo ao empirismo contemporâneo, nome também dado ao neopositivismo lógico. Já o realismo norte-americano tem um caráter mais sociológico. De todo modo, nenhum desses realismos e qualquer outro que tenha existido pode ser confundido com o realismo filosófico. A menos que o objetivismo proporcionado pelas decisões jurídicas fosse decorrente de algo dado, meramente

Ainda que, em tese, o realismo jurídico aceite a *separação (conceitual)* entre *direito* e *política*, assim como entre *direito* e *moral*, essa corrente teórica partiria da premissa de que o direito seria intensamente *dependente* da visão de mundo e dos valores *pessoais* do magistrado<sup>419</sup>, de modo que a decisão dada ao caso concreto não refletiria nada além das *preferências* (políticas, morais, sociais, econômicas e ecológicas) de quem julga. Consequentemente, mais uma vez conforme Lenio Streck, um modelo de *decisão por princípios*, mediante emprego do chamado “método da ponderação”, não permitiria classificar adequadamente, sob o ponto de vista *teórico*, o paradigma filosófico a que estaria se filiando o juiz na decisão, tampouco seu *controle* pela via do *processo*<sup>420</sup>.

Dimitri Dimoulis sustenta, por outro lado, que “entender o direito em sua realidade” pressuporia não um engajamento em embates *políticos* ou mesmo *morais*, mas sim “uma abordagem pragmática em âmbito jurídico”. Para ele, deveria haver, *antes*, uma *convenção interpretativa*, ou seja, um *consenso prévio*, entre *juízes* e *atores processuais*, quanto à *lente teórica* a ser aplicada para a decisão do caso concreto. Somente assim seria possível criar uma orientação *interna (precedente) controlável*, na medida em que afastaria a discussão de abordagens *metafísicas* ou mesmo morais e políticas<sup>421</sup>.

---

descrito, em segundo momento, pelos juízes a partir dessa profecia sobre o passado. (...) Consequentemente, a pergunta que se põe é: qual é, efetivamente, a diferença entre as posturas subjetivistas e o realismo ou os diversos realismos? O ativismo se abebera nesse mix de teorias e posturas, pela simples razão de que tudo se desloca para o protagonismo do sujeito-juiz. Mesmo as posturas realistas, pretensamente baseadas no empirismo das decisões judiciais, não explicam até hoje o modo como esses fatos decorrentes das decisões não provinham da subjetividade, enfim, da ideologia dos juízes. Para ser empirista e fugir do subjetivismo, esse deslocamento teria que ser efetivo, passando a estar sustentado na construção de sentidos que exsurgissem não do sentimento dos juízes sobre a lei e, sim, de uma linguagem intersubjetiva e em sentidos compartilhados, saindo da órbita de um sociologismo judicial e judicante”. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lennio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 62-64).

<sup>419</sup> Conforme compreensão de Dimitri Dimoulis: “Os realistas aceitam a dependência política do direito, considerando decisiva a vontade do aplicador que receberá influências de seu posicionamento político. Isso permitiu afirmar que o realismo jurídico analisa o “direito como política” (law as politics). (...) Agora, se para o jusrealismo o verdadeiro legislador é o julgador, o fato de ele pensar e decidir de forma política não nega a tese da separação entre direito e política, pois aqui temos uma influência genética e não conceitual. Concluindo, tal como ocorre em relação à tese da separação (conceitual) entre direito e moral, os autores jusrealistas aceitam a tese da separação (conceitual) entre o direito e a política”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico ... Op. cit.*, p. 89).

<sup>420</sup> Segundo Streck: “No Brasil, é difícil, inclusive, detectar quem são os realistas do direito e quem seriam os positivistas inclusivos, dado o grau de correção política, moral e ideológica que se faz ao direito. Tudo feito sem qualquer rigor ou metodologia. Por exemplo, como classificar um juiz que diz que faz ponderação colocando um princípio contra o outro e dizendo que os valores “x” se sobrepõem aos valores “y” e dali tira a decisão? Ele é qualquer coisa, menos alexyano. Seria um pragmatista? Um empirista sem empiria? Ou simplesmente alguém que, kelsenianamente, remete o problema do conteúdo do direito a um jogo de poder? Eis a questão”. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: ... Op. cit.*, p. 84).

<sup>421</sup> Dimoulis assim conclui: “Entender o direito em sua realidade pressupõe inicialmente uma abordagem pragmática em âmbito jurídico. Isso tem duas implicações. Primeiro, deve ser adotada a visão do PJ [positivismo jurídico] stricto sensu sobre a validade do direito (tese dos fatos sociais, tese da separação), distanciando-se de abordagens metafísicas e de posicionamentos que confundem a definição com a avaliação do direito. (...) Segundo, deve ser adotada uma teoria interna da interpretação, baseada na convenção de verdade das normas jurídicas e na possibilidade de interpretação objetiva (...). A nossa proposta admite a convenção da interpretação e considera que, na perspectiva interna, o direito é um sistema

Já Tercio Sampaio Ferraz Junior compreende que não haveria como o Judiciário, frente à contemporânea *politização* dos litígios, não se valer de uma teoria *normativa* do direito, em detrimento de uma leitura *descritiva*. Seria precisamente essa imposição da realidade que teria fomentado críticas ao positivismo, como aquelas formuladas por Dworkin e Alexy, a partir das quais ganharia força um “constitucionalismo principialista e argumentativo, de clara matriz anglo-saxônica”<sup>422</sup>. Tais propostas legitimariam o exercício *atípico* do “poder de legislar” pelo Judiciário, como *nova forma de atendimento estatal* das demandas concretas da sociedade<sup>423</sup>. Para Ferraz Junior, o conceito de *validade*, presente nas teorias *positivistas* do direito, não se amoldaria aos *princípios* como às *regras*, de modo que seria preciso adotar uma outra técnica de *aferição*, no caso concreto, para que o juiz tenha condições efetivas de dar a um valor fundamental maior importância do que a outro. Consequentemente, sendo o sistema constitucional em vigor no país estruturado a partir de *princípios*, aspecto que conferiria maior abertura cognitiva ao julgador, seria *pressuposta* certa *discrecionalidade* no ato de decisão<sup>424</sup>.

---

normativo, hermeticamente fechado. Isso ocorre não porque consideramos que determinado direito positivo seja bom, nem porque o sistema jurídico é imprescindível ao convívio social. Seguimos a opção descritiva do juspositivismo, evitando a confusão entre opções políticas do aplicador e seu trabalho como intérprete. O intérprete pragmatista reconhece que a interpretação não pode fingir que encontra uma clara vontade do legislador onde não há, nem confundir o juridicamente imposto com o razoável e adequado”. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico ... Op. cit.*, p. 94).

<sup>422</sup> Segundo Tercio Sampaio: “Para o positivismo analítico, contudo, esse debate conduz ao pressuposto de que a compreensão das chamadas fontes do direito deva ser normativa, não obstante a perplexidade produzida pelo seu fundamento: a norma fundamental kelseniana e seu pressuposto de que o ordenamento como um todo seja considerado, globalmente, como eficaz; e a regra de reconhecimento de Hart, cuja existência é tida como uma questão e fato. (...) Existe hoje, assim, uma vasta literatura (Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky, Atienza, Troper etc.) que, a partir de uma crítica ao positivismo analítico e sua exclusão das justificações morais da argumentação jurídica, propõe, ao contrário, que os saberes e as técnicas jurídicas, por óbvio, não conseguem conviver com essa exclusão, sobretudo no terreno constitucional. Surge daí um constitucionalismo principialista e argumentativo, de clara matriz anglo-saxônica, que não só parte para um ataque à argumentação positivista (que separa direito e moral e despe os argumentos de sua carga moral para lhes dar uma carga de mera eficiência técnica), mas se endereça também para uma concepção da argumentação jurídica que vem sendo chamada de neoconstitucionalista. Essa concepção, embora não de forma unânime, aponta para a ideia de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras (normas), mas princípios em eventual conflito e, por isso, objeto de ponderação, e não de subsunção. Do que resulta uma concepção de direito como uma prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação de que se devem dar conta todos os operadores do direito e que põe em questão a distinção entre ser e dever ser, o direito como fato e como norma”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. In ROSA, Alexandre Morais da Rosa (Org.) ... [et al.]. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 304-305).

<sup>423</sup> E prossegue o autor: “Com efeito, os direitos sociais, produto típico do estado previdência, que não são, conhecidamente, uma espécie de a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocam-se como exigência de implementação. Isso altera o desempenho e a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. ... *Op. cit.*, p. 301).

<sup>424</sup> Para Ferraz Junior: “(...) o conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos à avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade, embora de aplicação não menos imediata que a aplicação das regras. (...) Não obstante,

Todavia, para não se cair no mesmo problema do *pamprincipiologismo* denunciado por Lenio Streck (vide item 4.3), Tercio Sampaio entende mais apropriada, em um ordenamento fundado em *princípios*, como o brasileiro, a utilização do *raciocínio tópico* como técnica de *legitimação* - e não de *validação* ou propriamente de *interpretação*. Essa teoria será examinada com maior detalhamento no item seguinte.

#### 4.6 PERSPECTIVA DA TÓPICA JURÍDICA COMO TÉCNICA DE LEGITIMAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

Na visão de Tércio Sampaio Ferraz Junior, o critério da *juridicidade*, convidando a uma reaproximação entre visões extremadas do *juspositivismo* e do *jusnaturalismo*, reascenderia a discussão quanto a ser ou não pertinente que decisões judiciais se pautem por crivos *morais* ou *políticos*, especialmente num contexto fático de franca expansão de uma atuação *normativa* dos tribunais fundada em *princípios*<sup>425</sup>.

Nessa perspectiva, uma *nova forma de discurso argumentativo* teria de ser construída. Seu propósito não seria, todavia, *validar* julgamentos, mediante emprego do modelo do “tudo ou nada” pertinente às regras e, assim, inapropriado para reger fenômenos cuja disciplina se radicaria, antes, em *princípios*. Não se trataria também de uma técnica de *interpretação* em *sentido estrito*, pois o referencial de compreensão não seria a vontade do ator normativo *primário* (*legislador* ou *administrador público*), mas sim do *juiz*, em exercício de função *atípica*<sup>426</sup>.

---

o que se observa é que os procedimentos argumentativos de ponderação e aplicação de princípios constitucionais, que pressupõem que o aplicador esteja autorizado a articular e qualificar o interesse público posto como um objetivo pelo preceito constitucional, exigem e implicam uma certa discricionariedade significativa. (...) Vale dizer, o Estado está vinculado à realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considera-los do ponto de vista da sua viabilidade”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. ... *Op. cit.*, p. 306-307).

<sup>425</sup> Esse cenário e respectivo diagnóstico são assim apresentados pelo autor: “Situada nesse plano fático, torna-se inevitável a discussão da fundamentação normativa em termos de sua legitimação: reconhecimento, por Kelsen, de uma vontade instituidora como legítima; reconhecimento, por Hart, de que determinados atos de determinadas instituições constituem atos criadores (do ponto de vista externo, com mera constatação; do ponto de vista interno, aceitação da validade). Tanto de uma forma como de outra, essa identificação do direito como fato social levanta uma interrogação sobre a questão da contingência do conteúdo das normas, desde que válidas, donde o tema da relação entre moral e direito: o mérito moral nada teria a ver com a juridicidade das normas, donde a expansão normativa via interpretação ser ato valorativo subjetivo, cuja normatividade decorre de vontade? A repolitização do judiciário, tese colocada no plano político pelos adeptos do chamado “uso alternativo do direito” e, de forma técnica, pelo chamado “neoconstitucionalismo”, coloca, no entanto, um problema de não fácil solução”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. ... *Op. cit.*, p. 304).

<sup>426</sup> Conforme definição de interpretação jurídica proposta por Dimitri Dimoulis, alinhada ao pensamento de Alessandro Baratta: “Encontramos uma interessante definição da interpretação na obra de Alessandro Baratta. Referindo-se ao ideal de segurança jurídica, o autor afirma que o aplicador do direito deve se submeter à vontade que foi manifestada nas normas aplicáveis. Se não se ativer a essa vontade, compromete a certeza do direito,



À luz dessa teoria, o discurso argumentativo do julgador se voltaria à *legitimação da decisão*, operando no plano da *justificação*, dos *resultados* ou da *eficácia*. Essa possibilidade de *criação normativa* estaria baseada na *autoridade conferida pelo sistema* ao juiz, *não* em pretensa *validade universal* do critério valorativo utilizado na decisão de um caso concreto.

Tercio Sampaio Ferraz Junior compartilha o pensamento adotado pelo Min. Eros Grau na ADPF 101 (vide item 2.5), no sentido de defender um método de decisão baseado na “totalidade significativa do ordenamento jurídico” e não na técnica da *ponderação*. Se reportando ao conteúdo *integral* de nota acadêmica de autoria de Eros Grau, cujas ideias podem ser parcialmente observadas no voto que proferiu, enquanto Ministro, na referida ADPF, Ferraz Junior também manifesta *preocupação profunda (existencial até)* quanto à margem de *discrecionalidade* passível de advir do manejo de *princípios* pelo Judiciário pelo método *ponderativo*<sup>427</sup>.

Tercio Sampaio constata que, apesar de as decisões terem de se pautar por uma linguagem técnica, não poderiam deixar de atender necessidades específicas das relações sociais *sub judice*, de modo que a realidade sempre acabaria *conformada* pelo direito de modo *fragmentário (não universal)*. Nesse contexto, compreende que uma “tópica de ponderação de

---

tornando-se ele mesmo legislador. Essa visão indica a necessidade de o intérprete permanecer vinculado aos conteúdos normativos, respeitando a vontade expressa no texto da norma. Essa tese corresponde à nossa compreensão sobre a finalidade da interpretação: “constatar a vontade do autor da norma, tal como esta foi fixada em dispositivos jurídicos (...). O intérprete tenta entender aquilo que o autor da norma queria que acontecesse em determinada situação””. (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico...* Op. cit., p. 134-135).

<sup>427</sup> O pensamento de Eros Grau é assim referido: “(...) nesse sentido, o alerta contido num depoimento de Eros Grau, professor de direito econômico quando juiz do Supremo Tribunal Federal do Brasil [Cf. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito, São Paulo, 2009, p. 286]: Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflitos entre direitos fundamentais. Como, contudo, inexiste, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, porém a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito de seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vôo cego”, na expressão de Rüthers [2005:233]. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas. No primeiro porque a posição jurídico-teórica pode não ser a nossa; no segundo porque se transformam, esses juízes, em instrumentos dos detentores do poder. São sempre, não obstante, escolhas submetidas a reflexões dramáticas. Eu o sei porque não gozo mais do benefício de ser somente um teórico do direito, de não estar vinculado pelo dever de tomar decisões que serão, em qualquer situação, trágicas para os alcançados por elas. Por que eu? – tenho me perguntado tantas vezes, diante de problemas jurídicos concretos. Quem me outorgou legitimidade para decidir? Toda decisão jurídica é dramática se o juiz não se limitar ao exercício de práticas meramente burocráticas, como um amanuense mediocrementemente bem comportado”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica. ... Op. cit.*, p. 304-305).

princípios” deveria ser empregada como método alternativo de julgamento “para problemas para os quais se buscam soluções sem compromissos holísticos”<sup>428</sup>.

A proposta consistiria, portanto, em um *processo argumentativo*, de “função justificadora de uma realização prospectiva”, menos *validadora* e mais *legitimadora* das decisões, controlando sua adequação não em relação a situações *passadas*, mas à luz de um dever-ser (ideal) *futuro*<sup>429</sup>.

António Manuel Hespanha, por outro lado, discute os desafios da dimensão jurídica no mundo contemporâneo a partir de raízes que identifica na passagem do século XVIII para o XIX, compreendendo-os como frutos de uma “luta simbólica” entre juristas e políticos pelo poder de dizer o direito em sociedade, de simplificá-lo mediante inserção, no ordenamento, de *princípios* capazes de promover “uma mudança estrutural no campo da normação social”<sup>430</sup>.

Não se trataria propriamente, nessa perspectiva, de uma problemática *recente* ou *inédita*, mas de alguns desdobramentos ou contornos peculiares na disciplina de temas ditos

---

<sup>428</sup> Sobre as características dos princípios de acordo com essa leitura, Tercio Sampaio assim explana: “Os princípios adquirem, assim, a condição de loci, topoi (lugares-comuns), mas como instrumentos organizadores de séries argumentativas, em que a razoabilidade das decisões parece fortalecida a despeito da enorme contingência que é assim gerada. Observe-se que, como se trata de séries argumentativas, os princípios assim utilizados não pressupõem nem objetivam uma totalidade sistematizada. Isto é, não pressupõem uma hierarquia principiológica dotada de unidade sistemática. Partem de conhecimentos fragmentários ou de conjuntos preceptivos regionalizados, entendidos como alternativas para problemas para os quais se buscam soluções sem compromissos holísticos. Princípios são assumidos como redundâncias significativas que, isoladamente, dirigem e orientam a argumentação capaz de justificar uma decisão legitimadora de possíveis consequências futuras, uma decisão possível entre outras, mas de relevância maior para um projeto regionalmente identificado”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. ... *Op. cit.*, p. 308).

<sup>429</sup> A distinção acerca do uso da ponderação de princípios enquanto técnica de validação e de legitimação seria a seguinte: “Com isso, o uso tópico de ponderação de princípios (ao contrário de seu uso conforme a tópica jurídica no universo da subsunção) exerce uma função menos validadora (recurso à regra válida) e mais legitimadora de decisões jurídicas, controlando a contingência dos resultados (consequências futuras) não por sua adequação àquilo que ocorreu (relação norma preestabelecida e fato), mas àquilo que poderá ocorrer (prognóstico do que poderá vir a suceder). Desenvolvem-se, assim, topoi principiológicos de argumentação que dizem respeito menos ao ônus da prova, à existência de pertinência, de clareza, e muito mais à consequentialidade das decisões, que permitem à argumentação uma antecipação da legitimidade do que irá suceder e cuja força persuasiva está não numa validade pregressa, mas num prognóstico legitimado”. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópica jurídica*. ... *Op. cit.*, p. 308-309).

<sup>430</sup> Segundo o autor lusitano: “A questão da criação do direito (ou da legitimação de normas de comportamento como normas jurídicas) tinha ganho, no século XIX, uma nova centralidade, em virtude do destaque dado a princípios como o de “primado do direito” ou de “Estado de direito” (Rechtsstaat). Estes princípios traduziam uma mudança estrutural no campo da normação social. Afastadas as normas da religião, pela secularização do poder em curso desde os meados do século XVIII; as normas da ética social, pela superação do jusracionalismo; as normas da graça, pela queda das monarquias providencialistas; restava o direito como regulador do espaço social. Neste momento de “simplificação” do sistema do direito, a questão de saber quem tem legitimidade para dizer o que é direito ou para integrar nele normas sociais das mais diversas proveniências constitui uma luta simbólica muito mais aguda do que anteriormente, em que diversos grupos especializados podiam hegemonizar os também diversos campos de produção normativa. Uma vez que o Estado, agora, era “de direito”, e que a política tinha que obedecer aos processos jurídicos, os campos político e jurídico aparecem largamente sobrepostos, como lugar em que se desenrolam as lutas simbólicas pela apropriação da competência de constituir o direito”. (HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *História do direito em perspectiva*. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 180).

(ou autoproclamados) *pós-modernos*, como aqueles relacionados à proteção do meio ambiente e à legitimação democrática do protagonismo judicial, os quais também poderiam ser examinados sob as lentes do *pluralismo* e do *cosmopolitismo jurídico*, marcos teóricos a serem apresentados no item seguinte.

#### 4.7 PERSPECTIVAS DO PLURALISMO E DO COSMOPOLITISMO JURÍDICO SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROTAGONISMO JUDICIAL AMBIENTAL

No pensamento de António Manuel Hespanha, o direito é apresentado não como um fenómeno *monista*, seja quanto às suas fontes seja quanto à sua essência, mas como *ordem* (*ordo*) ou *dimensão* de uma civilização, que existe *antes* do poder e *prescinde dele*, apresentando-se como um fato *objetivamente identificável* nas *raízes* da sociedade<sup>431</sup>. Uma mesma sociedade comportaria, portanto, uma *pluralidade de ordens* jurídicas, muitas das quais inclusive *não-estatais* ou, em certa medida, cada vez menos reguladas pelo Estado.

O *pluralismo* convidaria, portanto, ao estabelecimento de uma *nova dogmática* para redefinição de papéis e relações entre *constituição* e *direito*, tendo-se em vista especialmente que as ideias de *amplo alcance*, *máxima expansão* ou *ocupação de espaços vazios* pelo Judiciário poderiam se chocar com os próprios fundamentos de uma sociedade plural. Assim, numa perspectiva contemporânea (*pós-moderna*), alguns *novos critérios* teriam de se destacar como premissas para um possível novo marco teórico (paradigma), o qual se fundaria, por sua vez, em preceitos como: o reconhecimento; o consenso; a estabilidade; a multiplicidade de sentidos da linguagem; e o próprio *direito*<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> Segundo Hespanha: “O monismo legislativo é, na ordem dos factos, uma ficção simplificadora. Qualquer sociedade tem mais normas do que as legais. Isto é uma aquisição antiga do “pluralismo jurídico”, ou seja, da ideia de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça hierarquia entre eles”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 56-57).

<sup>432</sup> Os efeitos dessa leitura à dogmática jurídica, ao constitucionalismo e aos problemas de validade e interpretação seriam assim compreendidos: “Em relação à dogmática tradicional, uma dogmática jurídica em contexto pluralista, apresenta dois pontos mais evidentes de fratura. Um deles é a dogmática da relação entre constituição e direito. Primeiro porque, parece que a ideia de primado da constituição deixa de poder ter o alcance que lhe era tradicionalmente dado (teoria da constitucionalidade, teoria da interpretação constitucional, teoria da interpretação em conformidade com a constituição), dado que esta ideia arranca de uma concepção em pirâmide do direito, incompatível com o próprio conceito de pluralismo jurídico. Em todo o caso, aceitar como absoluta e exclusivamente válido este argumento conceitualista implicaria que outras considerações de política do direito (ou considerações políticas sobre o direito) não eram tidas em conta. Por isso, o papel e hierarquia da constituição estadual no quadro das fontes do direito terão que ser avaliados de acordo com os três critérios antes formulados: (i) reconhecimento; (ii) consensualidade; (iii) eficácia estabilizadora. Ainda relativamente à constituição, parece que um ambiente pluralista requer um outro conceito de constituição, restando saber se são transferíveis para esta constituição as teorias dogmáticas elaboradas para a constituição estadual. Finalmente, a interpretação, matéria dogmática em que convergem dois tipos de pluralismo. Por um lado, a multiplicidade de sentidos, a que se refere

Num contexto jurídico plural *pós-moderno* (“pós-estadualista”), tem-se como marcante para Hespanha a perspectiva de que as normas de proteção ambiental se materializariam com maior vigor no meio *não-estatal* do que mediante fontes estatais *tradicionais* (Legislativo, Executivo e Judiciário). A ideia de prevalência do dirigismo das condutas humanas em relação à natureza pelo chamado “direito legislado” (*estatal*) passaria a dar lugar a deveres provenientes de *boas práticas*, da *dignidade humana*, de “imperativos da solidariedade, dos valores culturais ou religiosos, da tradição, das práticas da vida diária”<sup>433</sup>. As soluções de controvérsias ambientais adviriam, nessa perspectiva, fundamentalmente de *compromissos* (*consensos*), os quais seriam obtidos como produto de *vários níveis de interação social*, e não apenas da *autoridade judiciária contramajoritária*<sup>434</sup>.

Apesar de a proposta pluralista revelar o fenômeno jurídico como uma *complexidade* formada por *vários universos*, não seria apropriado, contudo, tentar harmonizar essas *dimensões* mediante uma *articulação principiológica* tendente à *negação* da ideia de um direito estatal legislado ou constitucional de pretensão *totalizante*. Segundo Hespanha, não se poderia perder de vista a relevância da Constituição e das leis no atual contexto democrático vigente na maioria dos países<sup>435</sup>.

---

a teoria da linguagem e dos discursos. Por outro lado, a multiplicidade de direitos, a que se refere o pluralismo jurídico. O efeito combinado das duas coisas provoca uma explosão de sentidos que inutiliza uma série de princípios que decorriam das tendências monistas da teoria clássica da interpretação (unidade da ordem jurídica, interpretação sistemática, interpretação autêntica, etc). Daí que a teoria da interpretação num contexto pluralista tenha que recorrer a outros modelos de seleção da boa interpretação. E, ainda aqui, a solução mais adequada é a da aplicação dos três critérios já referidos”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático... Op. cit.*, p. 286-287).

<sup>433</sup> HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 9 e 10.

<sup>434</sup> A ideia é assim esclarecida por Hespanha: “No entanto, o entendimento mais específico da expressão boas práticas refere-se às normas a que obedece um profissional prudente, no âmbito de uma atividade técnica ou profissional. As “boas práticas” podem incorporar normas muito diversas, relativas ao funcionamento de organizações e às relações entre estas e os utentes (transparência, a publicidade, o controle de legalidade, a prestação de contas, o dever de diligência e a responsabilidades dos administradores e acionistas), à forma correta de atuar em determinado domínio profissional, aos comportamentos que podem afetar a saúde, o ambiente, as relações de vizinhança, as relações laborais, a segurança no trabalho, a igualdade de oportunidades, às atividades de voluntariado etc.. De alguma forma, os códigos de conduta correspondem àquilo que, antes, correspondia a obrigação de prudência ou, até, de “boa fé”. Na jurisprudência mais recente, porém, as novas designações já vão aparecendo, em domínios como o mundo bancário, a administração pública e privada, os atos médicos e os cuidados de saúde, a comunicação social, os cuidados ambientais, a publicidade, etc. A validade normativa das “boas práticas” está dependente, ou de um assentimento generalizado por parte de todos os interessados (entidades fornecedoras de bens ou de serviços, utentes, consumidores), ou da sua fixação por entidades reguladoras independentes”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático... Op. cit.*, p. 110). “Ou seja, por oposição ao direito do Estado, a própria sociedade, a vários níveis da interação social (na família, nas comunidades vicinais, no mercado, na comunidade académica, no ambiente judiciário, ou em outros seus segmentos), produziria consensos sobre o modo de acomodar os interesses divergentes, consensos que se materializavam em normas de convivência”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático... Op. cit.*, p. 185).

<sup>435</sup> Seria precipitado afirmar, portanto, que a perspectiva pluralista legitimaria, em qualquer caso, a prevalência de um direito não-estatal em detrimento do estatal: “Embora seja certo, como veremos, que a adoção de uma

Sérgio Said Staut Júnior, no mesmo sentido, compreende que essa ideia de estruturação da ordem jurídica essencialmente a partir de *princípios*, cujos contornos seriam atribuídos mais pela *jurisdição* e pela *doutrina* do que pelo próprio *legislador*, poderia comprometer a construção *democrática* de *consensos sociais*. Não poderiam ser esquecidas, portanto, as limitações, inerentes ao próprio sistema, do papel criativo do qual as referidas fontes têm se investido<sup>436</sup>.

A posição que vem sendo adotada no Brasil, de um *protagonismo judicial* (vide item 1.7) e de um direito ambiental estruturado essencialmente a partir de *princípios* (item 4.3), apesar de aparentemente não refutar a ideia de uma sociedade juridicamente composta de *variadas* ordens ou dimensões *coexistentes* (*pluralismo*), parece se *chocar* com a ideia proposta por António Manuel Hespanha de que as normas de proteção ambiental *pós-modernas* seriam predominantemente *compromissais* (*consensuais*), oriundas de *boas práticas sociais* ou de *mercado*, ao invés do Estado propriamente dito. Afinal, o Poder Judiciário é o *pilar de autocontrole* e *autolimitação* típico daquela *ficção totalizante*. Ainda que a norma material passível de invocação para resolução de determinado conflito possa, numa ótica plural, em tese, não ser necessariamente *estatal*, soaria contraditório conceber, mesmo assim, como prevalente a prerrogativa *jurisdicional* de inovar o sistema jurídico mediante argumentação fundada em *princípios*<sup>437</sup>.

---

perspectiva pluralista do direito não pode perder de vista o significado democrático hoje assumido pela constituição e pelas leis. Por isso é que – apesar de todas as suas insuficiências – elas têm ainda que continuar a merecer a designação prestigiante de “forma da República”, como a forma mais regulada, mais controlada e mais provavelmente adequada de manifestação popular”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito* ... *Op. cit.*, p. 23).

<sup>436</sup> Segundo Staut Júnior: “(...) em um Estado Democrático, não se deve deixar de lado a pretensão universalista e democrática da ‘lei’ no sentido de ser um direito feito ‘por todos’ e ‘para todos’ (ainda que se tenha uma carência de legitimidade e representatividade no âmbito do legislativo). Isso é importante ser reforçado e defendido, inclusive, pelos próprios juristas. Além disso, é necessário reconhecer que a doutrina e a jurisprudência também têm um papel constitutivo e criativo no processo de ‘dizer o direito’ em sociedade. Justamente por isso, manter um olhar atento e crítico sobre esse aspecto da dimensão jurídica é imprescindível. O papel democrático (ou não) de um direito jurisprudencial e doutrinário, os seus fundamentos ou argumentos, assim como as construções jurídicas realizadas a partir de discursos que buscam nos princípios a suas bases, devem ser inquietações dos juristas. A origem e legitimidade democrática (ou não) dos chamados princípios jurídicos, e aquilo que pode ser feito a partir dessas ferramentas, merece investigação, aprofundamento e questionamentos. O texto constitucional brasileiro de 1988 fornece ou deve orientar, obviamente, os parâmetros de legitimidade de toda esta “principiologia” jurídica. Entender, assim, a contribuição importantíssima da doutrina e da jurisprudência na composição da dimensão jurídica de uma determinada comunidade, mas manter, igualmente, a atenção para as suas insuficiências”. (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade*. In Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB). Ano 1. Nº 5. Lisboa: Universidade de Lisboa (Faculdade de Direito), 2015, p. 1344).

<sup>437</sup> A questão é assim exemplificada por Hespanha: “Pode evocar-se, a este propósito, um caso recente ocorrido em Portugal. Um tribunal arbitral, constituído entre uma entidade portuária pública e uma empresa privada concessionária, considerou inconstitucional uma lei (aprovada no parlamento), alegando que esta, ao revogar uma prorrogação de concessão pública, frustrava as expectativas do concessionário e violava, por isso, o princípio - a



Pietro Costa diagnostica como um *insistente remédio* essa proposta, da qual não se consegue desvencilhar, de se identificar a realização do controle do poder na submissão do direito (estatal ou não) ao juiz. Essa “reiterada confiança na função ‘antivoluntarista’ do juiz”, diz ele, “está ligada a uma imagem (obstinadamente) ‘montesquiana’ da jurisdição vista como ‘poder nulo’ e a uma teoria (tipicamente positivista) da interpretação como mero procedimento cognitivo dedutivo”<sup>438</sup>. Não é por outra razão que aponta residir precisamente na *hermenêutica*, nos problemas relativos ao *papel do juiz*, às técnicas de *interpretação* e de *aplicação* (*legitimação/justificação*), o momento decisivo de verificação da temática *hodierna* do Estado de Direito<sup>439</sup>.

A alusão (ou *ilusão*) a uma capacidade criativa *infinita*, *obstinada*, *voluntarista* e, além de tudo, *imparcial* do *magistrado*, teria feito com que as sociedades passassem cada vez mais a depositar nesse ator a esperança de atendimento eficaz das mais diversas necessidades da vida cotidiana. Haveria na *pós-modernidade*, então, um novo *semideus*, um novo *mito* ou, na leitura

---

que se daria dignidade constitucional - da confiança. Este caso documenta as dificuldades que suscitaria uma aplicação irrestrita do princípio de que são as instâncias jurisdicionais que estabelecem autonomamente as hierarquias entre as diversas ordens jurídicas concorrentes. Aqui, isso levaria a que se reconhecesse a um tribunal arbitral criado por duas entidades, de acordo com critérios de composição e de competência estabelecidos livremente pelas partes, a possibilidade de emitir decisões com efeitos que afetariam interesses de terceiros (nomeadamente, o interesse público). Tal solução não corresponderia a consensos geralmente consensuais, se tidos em conta os de todos os afetados pela decisão. Seria, pelo contrário, altamente irritante dos interesses, por exemplo, dos contribuintes, dos utentes do património paisagístico ou do *ambiente*, dos interessados na transparência da gestão das coisas públicas, etc.; e também frustrante das expectativas gerais de que a lei parlamentar não seja derogada por interesses meramente privados, ainda que supostamente correspondentes a um princípio alegadamente constitucional, interpretado porém por uma instância jurisdicional instituída pelos titulares de interesses que, do ponto de vista da comunidade em geral, são muito restritos e particulares. Ou seja, reconhecer que uma instância jurisdicional arbitral possa declarar inválido um consenso parlamentar constituiria uma solução muito destabilizadora e irritante, comprometendo as expectativas gerais na estabilidade e vigência geral da constituição e das leis. Também porque a concretização do conteúdo de um alegado princípio constitucional da confiança fora feito de tal maneira que permitiria uma grande instabilidade normativa e um grande enfraquecimento da proteção de interesses e expectativas muito gerais”. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. Op. cit., p. 250-251).

<sup>438</sup> COSTA, Pietro. *O estado de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 196.

<sup>439</sup> Segundo Pietro Costa: “Se em todo o curso da sua história o Estado de Direito parece indicar no papel do juiz o enigma resolvido da juridicização do poder, resulta, de qualquer modo, compreensível, que a temática hodierna do Estado de Direito encontre propriamente na hermenêutica jurídica, nos problemas relativos ao papel do juiz, às técnicas de interpretação e de aplicação do direito, o seu momento decisivo de verificação. (...) Se o recurso ao juiz é a proposta reiteradamente apresentada para realizar o controle do poder, é igualmente recorrente, na parábola do Estado de Direito, a impressão da dificuldade de achar uma solução ‘definitiva’ para o problema do nexo poder-direito”. (COSTA, Pietro. *O estado de direito: uma introdução histórica*... Op. cit., idem.).

de Dworkin<sup>440</sup> a partir da compreensão de Hespanha, um novo *Hércules* que, no entanto, estaria sendo *confundido* (ou talvez *desmascarado*) em seu papel de *herói*<sup>441</sup>.

A mesma crítica está presente no pensamento de Lenio Luiz Streck, para quem o fato de os juízes decidirem por *princípios*, e não propriamente por *política*, justificaria a necessidade de uma “teoria da decisão”, ainda inexistente, a fim de que o direito possa ser dito “a partir do que está do lado de fora”, e não “dentro dele”<sup>442</sup>. Essa distinção demarcaria campo entre uma postura *cognitivista* e uma *não-cognitivista* acerca do direito, sendo a segunda decisiva inclusive para a consolidação do modelo de “Cortes de Vértice” ou “Cortes de Precedentes”. Segundo Streck, apoiado em Kelsen e, dentre produções doutrinárias nacionais mais recentes, também em Daniel Mitidiero, as “Cortes de Precedentes” (*não-cognitivistas* ou *normativas*) superariam as “Cortes Tradicionais (*cognitivistas* ou *descritivas*), na medida em que suas funções não se limitariam à interpretação e aplicação dos textos jurídicos tal como

---

<sup>440</sup> Essa alegoria é construída na seguinte passagem de “O Império do Direito” (*Law’s Empire*): “Hércules é promovido, apesar da duração extraordinária e às vezes tediosa de suas opiniões nas cortes inferiores. Ele se junta à Suprema Corte dos Estados Unidos como Juiz Hércules. (...) A Constituição é, afinal, uma espécie de estatuto, e Hércules leva jeito com estatutos. Ele interpreta cada um de modo a fazer sua história, tudo levado em consideração, o melhor que puder ser. Isso requer julgamentos políticos, mas estes são especiais e complexos, não sendo os mesmos, de modo algum, que ele faria se estivesse, ele próprio, votando sobre um estatuto que tocasse as mesmas questões. Suas próprias convicções sobre justiça ou política sensata são limitadas em seu julgamento interpretativo geral, não apenas pelo texto do estatuto, mas também por uma variedade de considerações de justiça e integridade. Ele continuará a usar essa estratégia em sua nova posição, mas como a Constituição é um estatuto muito incomum, ele elaborará uma aplicação especial da estratégia para casos constitucionais. Ele irá desenvolver sua estratégia para estatutos em uma teoria de trabalho sobre a adjudicação constitucional”. (DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 379-380).

<sup>441</sup> A visão de Hespanha sobre o mesmo mito seria a seguinte: “O Juiz Hércules acabara de se sentar, compenetrado, mas confiante, à sua mesa de trabalho. Como sempre, tratava de se aplicar a descobrir o sentido constitucional pelo qual devia decidir um caso, levando religiosamente a sério os direitos com que os pais fundadores tinham querido enformar a vida da comunidade. Diante dele, os textos constitucionais – que, no caso daquele desditoso país, sempre insatisfeito e sempre ansiando por pequenas e médias e grandes reformas constitucionais, eram um montinho deles -; a mais disso, as narrativas dos seus intérpretes, constitucionalistas ou não, aparentemente cozidas umas às outras, numa cadeia de desenvolvimento dos sentidos originais; mas em que cada um divagava sempre um pouco, ao saber de novas leituras, de novas inspirações, de novas experiências, ou pura e simplesmente, dos efeitos das suas boas ou más digestões, condescendendo com a fórmula verrinosa com que o célebre Montesquieu relacionara esta variabilidade dos juristas. Os trabalhos de Hércules iam começar. (...) Hércules sabia que eram imensos os seus trabalhos e que, para isso, dos deuses o tinham dotado de qualidades especiais. A sua perseverança; a sua inquebrantável vontade de convencer todos da ideia boa e clara que tinha de um mundo bom e de um bom e decente governo; a sua tenacidade no combate à ambiguidade, à confusão provocada pelos sofistas; a sua força de alma na aniquilação dos mesmos sofistas e sua parentela de cépticos e de nihilistas, como criaturas apostadas em pôr dúvidas onde o melhor é acreditar que só deve haver certezas. Interrompo aqui esta história, cujo fim não se afigura feliz, para explicar ao leitor que lamento reear que este livro não vá ajudar nada o juiz Hércules”. (HESPANHA, António Manuel. *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 8-9).

<sup>442</sup> Eis a crítica de Streck: “Dessa maneira, a criação do Juiz Hércules feita por Dworkin deve ser entendida como uma metáfora que representa exatamente o contrário de um “juiz solipsista”. Vejo muitas interpretações equivocadas sobre o Juiz Hércules. Ele, Hércules, não decide seus casos com base e sua consciência individual ou em seu sentimento de justiça pessoal, mas pelo contrário, reconstrói a história institucional do direito através de princípios que lhe permitem encontrar a melhor resposta para o caso, em verdadeira ruptura com o positivismo discricionário de Hart”. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: ... Op. cit.*, p. 110).

originalmente concebidos, também abrangendo a atividade de outorga de sentido (criativamente) quando se mostrem vagos ou com textura aberta<sup>443</sup>.

À luz do pensamento de Daniel Mitidiero, os papéis que viriam desempenhado tanto o STF quanto o STJ nos casos relacionados à proteção integral do meio ambiente, tal como evidenciaram os acórdãos examinados neste trabalho (Capítulos 2 e 3), se amoldariam mais aos de “Cortes Supremas” do que propriamente de “Cortes Superiores”, na medida em que, *longe* de se limitarem à função *descritiva* ou meramente *aplicadora* da normatividade abstrata emanada do Legislativo ou do Executivo, seu perfil de atuação tem sido eminentemente *normativo-criativo*, caracterizado por substanciais reflexões de ordem política, moral, social, econômica e ecológica. Justamente por isso, segundo Mitidiero, seria fundamental um processo de nomeação de membros com *diferentes visões de mundo* para que se possa assegurar efetiva legitimidade democrático-representativa às referidas Cortes, sem ameaça às premissas do *pluralismo jurídico*<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Para Lenio Streck: “Essa, aliás, é a base para compreender a proposta dos defensores das teses precedentistas para a formação de Cortes de “Precedentes”. Mitidiero trata de dois possíveis “modelos de cortes de vértice”, sendo que cada um deles parte de concepções diferentes do que significa interpretar o direito, o que acabaria condicionado às relações entre o legislador e o juiz, sua função e a eficácia das suas decisões. Assim, enquanto o modelo de Corte Superior tem como ponto de partida a “indefinição entre texto e norma” (o que ele denomina de teoria cognitivista da interpretação ou formalista) a concepção da jurisdição como atividade meramente declaratória, o modelo de Corte Suprema parte da “dissociação entre texto e norma” e da compreensão de que a jurisdição consiste numa atividade de reconstrução do ordenamento jurídico mediante a outorga de sentido a tetos e a elementos não textuais do sistema jurídico. Nessa perspectiva, competiria à Cortes Supremas orientar a aplicação do direito mediante precedentes, assumindo, assim, uma função proativa, direcionada ao futuro. As Cortes Supremas, desse modo, transformam-se em Cortes de Precedentes. (...) Qual a relação das Cortes de Precedentes com o cognitivismo? Simples. A tese dos processualistas que denomino de “precedentistas” quer superar as Cortes tradicionais que seriam cognitivistas. No lugar delas colocariam Cortes de Vértice, que atuariam não como cognitivistas, mas, sim, como não cognitivistas, fazendo um ato de vontade. Repristinam, assim, Hans Kelsen, que também disse, só que décadas atrás, que o juiz faz um ato de vontade e que o cientista é que faz um ato de conhecimento. Esse ato do cientista, para Kelsen, é que poderia ser enquadrado como cognitivista”. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: ... Op. cit.*, p. 40-41).

<sup>444</sup> Segundo Mitidiero: “Uma Corte Suprema deve ter seus membros colhidos nos vários extratos sociais ligados à experiência jurídica. O ideal é que a nomeação de seus membros ocorra por indicação política, obedecendo a mecanismos que assegurem tendencialmente a influência das várias inclinações ideológicas representadas politicamente no Poder Legislativo e no Poder Executivo, dentre juristas com sólida formação e experiência no campo do Direito. Sendo a Corte Suprema encarregada de dar a última palavra mediante interpretação e aplicação do Direito, exercendo, portanto, papel político de fundamental importância, o ideal é que seus membros representem na medida do possível o pluralismo dos vários extratos que integram a sociedade civil em geral e a comunidade jurídica em especial, a fim de que suas decisões sejam tomadas em um ambiente que privilegie a conformação de diferentes visões de mundo, viabilizando assim a formação de decisões tendencialmente mais debatidas, sopesadas, amadurecidas e independentes. É por essa razão, a propósito, que as Cortes Constitucionais continentais têm em sua composição tanto magistrados de carreira, como advogados e professores universitários. E igualmente por essa razão que a doutrina inglesa espera maior “diversity” na composição da United Kingdom Supreme Court – a fim de que supere a tradicional “homogeneity” da antiga House of Lords, cuja consequência evidente consistiria no seu acentuado “institutional conservatism”. Também em atenção a esse papel exercido pela Corte Suprema, o ideal é que seus membros sejam nomeados por indicação política. Semelhante modo de seleção visa a garantir a legitimidade democrático-representativa da Corte”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63).

Nessa perspectiva, o modelo jurídico plural de Hespanha poderia ser compreendido como um instrumento teórico para *superação de limitações* inerentes ao processo e à jurisdição, principalmente no que se refere à solução de conflitos ambientais. Considerando-se que, em um contexto neoliberal, o desequilíbrio passível de haver entre grupos interessados na regulação de temas sensíveis, como é o caso da sustentabilidade ambiental, poderia ocasionar *instabilidades*, além de decisões *contramajoritárias* com problemas flagrantes de democraticidade, um modelo efetivamente plural (não só na forma, mas também no conteúdo) poderia contribuir para a superação do problema da legitimação democrática da adjudicação compulsória (ou da inafastabilidade do controle jurisdicional). A proposta se mostraria útil até mesmo à paulatina superação da *desconfiança*, ainda presente, em relação à utilização de métodos *não-estatais* de solução de conflitos (notadamente a mediação e a arbitragem), seja em colaboração seja até mesmo em substituição ao Judiciário<sup>445</sup>.

A questão da *legitimação do protagonismo judicial ambiental* se mostraria, portanto, importante, na medida em que críticas similares àquelas feitas à jurisprudência de base “não positivista”, como a que foi afirmada na grande maioria dos acórdãos analisados nesta pesquisa, também teriam de ser dirimidas, sob pena de dupla ameaça ao conceito de *democracia*<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> Segundo António Manuel Hespanha: “Seja como for, a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva plural está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades de nossos dias. Porém, com uma reserva fundamental. Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autónoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia de um pluralismo verdadeiramente pluralista não estará realizada. E, por isso, não estão garantidas nem a legitimidade nem a justeza das soluções jurídicas que decorrem de um diálogo que deveria ser igualitário, entre os vários ordenamentos jurídicos. Daí que, enquanto isto não acontecer, os ordenamentos jurídicos que garantam uma maior democraticidade e participação, como é o caso da ordem jurídico-constitucional (e, em geral, da própria ordem legal) dos Estados democráticos, deverão merecer, neste confronto de pontos de vista, uma particular atenção. Não no sentido de se lhes garantir o exclusivismo ou uma primazia automática e de princípio sobre as outras ordens jurídicas, nem no de se lhes atribuir a competência para decidir sobre a competência dos outros direitos; mas no sentido de se ter em conta que as suas soluções merecem um maior consenso, avaliado por processos que, não sendo isentos de defeitos, são, pelo menos, os mais transparentes e participados que a experiência política tem conseguido fazer funcionar, pelo menos em comunidades de grande dimensão, em que o diálogo equilibrado e face to face – ou algum seu substituto moderno – se mostra impossível, ineficiente ou mistificador. (...) Ao contrário do que muitos pensam, a certeza do direito, a sua estabilização em soluções mais consensuais e duradouras, passa justamente por aqui, por uma análise profunda e não superficial, apressada ou automática, dos interesses e sensibilidades jurídicas em jogo”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito* .... *Op. cit.*, p. 65-67).

<sup>446</sup> O autor português vislumbra alguns riscos nessa ideia de uma prática jurisdicional protagonista: “O primeiro risco é o de que alguém se substitua ao povo na tarefa de criar o direito. Isto pode acontecer de variadas formas, algumas das quais bastante antigas na tradição jurídica ocidental. Com uma delas já nos defrontamos, nesta curta introdução: pressupondo (i) que existe um direito “natural”, ou “racional” ou “certo” – ou seja, que existem respostas independentes da cultura, dos interesses ou das opiniões, para a pergunta “isto é ou não justo” – e (ii) que os juristas, pelo seu saber ou pelo seu treino, são capazes de descobrir essas respostas, a tentação é grande para substituir ao direito de raiz aristocrática, formulado por uma elite de especialistas. (...) O segundo risco para o princípio do direito democrático é o da substituição de um direito de raiz democrática por um outro baseado em normas pretensamente naturais, impostas pela própria natureza das relações humanas. A ideia é antiga. Em todas as épocas houve a tendência para crer, ingenuamente, que as normas de vida então aceites eram normas ditadas pela natureza, das coisas, do homem, das relações sociais e humanas (das relações familiares, das relações amorosas, do exercício do poder, dos negócios etc.)”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito* .... *Op. cit.*, p. 83-85).

Não por outro motivo, António Manuel Hespanha compreende ser sempre *inafastável* alguma medida de *positivação jurídica* (consenso proveniente do auditório universal, i. e., do Parlamento), mesmo no contexto de uma sociedade plural, para que possa haver instrumentos *objetivos de prevenção ao arbítrio*<sup>447</sup>.

Uma ponderação entre princípios teoricamente orientada pela ideia de proteção integral do meio ambiente, tal como vem sendo feita pelas Cortes Superiores (ou *Supremas?*) do país, não seria adequada, assim, para justificar (*legitimar*) muitas das decisões proibitivas adotadas nos casos analisados nesta pesquisa, principalmente em razão da falta de discussão democrática no foro apropriado (*Legislativo*). Imperativo lembrar também que a Constituição brasileira reservou primordialmente aos *particulares*, e não ao Estado, *nos lermos da lei*, a tarefa de impulsionar livremente o desenvolvimento econômico (CF, art. 173<sup>448</sup>, observados os princípios do art. 170<sup>449</sup>, dentre os quais - inciso VI - a defesa do meio ambiente). Consequentemente, qualquer marco teórico que se pretenda adotar não poderia desconsiderar: nem a importância nem o assento de destaque assegurados pela Constituição ao Parlamento; que o Judiciário recebeu, do mesmo texto fundamental, missão *primária* de contornos *distintos*, ao menos à luz da *tradição jurídica*; que a relação entre brasileiros, estrangeiros e a exuberante natureza existente no país é, essencialmente, *livre*, desde que haja observância *autônoma à legalidade*, sempre melhor compreendida como *juridicidade*.

Haveria que se prestigiar, portanto, como regra, a maior vocação e aptidão da própria sociedade, do Legislativo ou mesmo do Executivo, quando comparados ao Judiciário, para, tanto quanto seja possível, decidir, dentre as diversas alternativas existentes de formas ou modos de interação com o meio ambiente, por aquela que ocasione os menores impactos – ou, pelo menos, por aqueles aceitáveis pela maioria da sociedade representada.

---

<sup>447</sup> Hespanha assim conclui: “Por isso é que, se se diz que a legitimação político-jurídica provém de um consenso deliberativo ou reflexivo (ou seja, a que se chegou depois de reflexão e deliberação), não se pode insistir tanto nos elementos (aristocráticos) da reflexão e da deliberação, a ponto de se abandonarem os elementos “consenso” e auditório universal”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito .... Op. cit.*, p. 170).

<sup>448</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

<sup>449</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.



Essa leitura permitiria legitimar, por exemplo, uma decisão parlamentar proibitiva da fabricação de automóveis no país sem recursos tecnológicos que reduzam a emissão de poluentes atmosféricos. Melhor sorte talvez não tivesse, por outro lado, sob o prisma da *legitimidade democrática*, e ainda exemplificativamente, uma decisão jurisdicional de conteúdo análogo que se fundasse no raciocínio adotado pelo STJ no REsp 302.906/SP (vide item 3.3), segundo o qual, à luz do princípio do *não retrocesso*, poderia ser considerada ilegal (em sentido amplo) a produção de veículos automotores sem recursos tecnológicos já plenamente conhecidos e dominados. Aparentemente, o dilema da compatibilização entre necessidades atuais da população, tecnologia disponível e desiderato de sustentabilidade se apresentaria como tarefa, dado seu caráter evidentemente pluridimensional, que transbordaria a capacidade de intervenção *legítima* do Judiciário, consideradas suas atribuições constitucionais frente às do legislador ou da administração pública.

Não parece válido também, nessa leitura, ainda em exemplificação de algumas compreensões quanto ao uso do método da *ponderação* entre princípios, o argumento de Herman Benjamin, em sede doutrinária, no sentido de que aceitar normas ambientais *mais flexíveis* poderia implicar, em qualquer caso, fragilização da proteção integral do meio ambiente, pois se daria espaço a ideias que nada significariam além de *retrocesso*, *conveniência* ou mesmo “incentivo à devastação”, em busca apenas de maior crescimento econômico<sup>450</sup>. Soluções jurisdicionais *inconsistentes* do ponto de vista *teórico* também podem causar *degradação ecológica*, além da *perpetuação de conflitos*. Muitas vezes não corresponde à realidade a ideia de que um *status quo ante* sempre melhor para a manutenção ou melhoria da qualidade de vida no planeta, ou mesmo a de que particulares, investidos de legítimo e sustentável interesse, não poderiam ser inclusive mais eficientes do que o Estado e seus *standards* proibitivos gerais quanto ao cumprimento do dever de proteção do meio ambiente.

No âmbito dos casos examinados neste estudo, a elevada dimensão dos problemas decorrentes do *desacordo conceitual (teórico) prévio*, que permanece *evidente* na sociedade brasileira quanto aos limites da função normativa primária da jurisdição em temas sensíveis, pode ser observada nos desdobramentos político-legislativos que se seguiram ao julgamento da ADI 4.983/CE - 06/10/2016 (vide item 2.6), na qual o STF decretou a proibição da prática da *vaquejada*, qualquer que seja o seu contexto ou modo de realização. Cerca de oito meses depois da publicação do respectivo acórdão, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

---

<sup>450</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 71-72.

promulgaram a Emenda Constitucional nº 96, de 06/07/2017, a qual acrescentou mais um parágrafo (§ 7º) ao art. 225 da Constituição<sup>451</sup>. Seu propósito, típico *backlash*<sup>452</sup>, foi *neutralizar* os efeitos da referida decisão, evitando a proibição judicial não só da prática da vaquejada, mas de outras similares. O Parlamento atribuiu a todas elas “*status* constitucional expresso” de *patrimônio cultural*, inclusive preservando sua *própria* competência, mediante *reserva de lei* em sentido *formal e material*, para a disciplina normativa subsequente da matéria, conforme texto do § 7º introduzido no art. 225.

A controvérsia entre Judiciário e Parlamento no caso da vaquejada parece ter decorrido, no *plano teórico*, quanto à compreensão, nas palavras de Daniel Wunder Hachem, “dos limites à intervenção legítima do Poder Público na vida privada”<sup>453</sup>. A divergência consistiria na *desnaturação*, pelo Judiciário, dos *limites* de sua *atribuição constitucional*. Como destacado pelo Min. Gilmar Mendes naquela oportunidade, inclusive a partir do pensamento de Antônio Manuel Hespanha (vide item 2.6), seria inapropriado ao Judiciário desprezar a *realidade fática* do direito, compreendido como *cultura*, e de todo seu assento nas *tradições*, na *história* e em *diferentes visões de mundo*.

---

<sup>451</sup> “Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º: “Art. 225. (...) § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

<sup>452</sup> George Marmelstein compreende o fenômeno como uma reação política resultante do ativismo judicial: “O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias “frentes”: a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade (HIRSCHL, 2009, p. 168). O foco de ataque não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido. Se a decisão judicial tem um viés conservador, a reação política pode vir de setores progressistas. Se, por outro lado, a decisão for progressista, o contra-ataque virá de setores mais conservadores”. (MARMELESTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em [https://www.academia.edu/35675035/Efeito\\_Backlash\\_da\\_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o\\_Constitucional](https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_Constitucional), acesso em 31/12/2018).

<sup>453</sup> Segundo Hachem: “Um dos assuntos mais recorrentes no âmbito do Direito Público consiste na identificação, dentro de cada contexto social e estatal específico, dos limites à intervenção legítima do Poder Público na vida privada, na autonomia dos indivíduos e na definição de uma concepção de vida boa para toda a sociedade. (...) De outro lado, qual é o papel do Poder Judiciário e dos outros órgãos de fiscalização no que diz respeito ao controle de conformidade das leis e atos normativos com a Constituição e com os tratados internacionais? Até que ponto essas instâncias, compostas por mecanismos estatais institucionais, estão legitimadas a interferir na autonomia pública do povo e rever decisões tomadas em espaços de deliberação democrática, em nome da tutela da supremacia constitucional ou convencional?”. (HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: *Quais os limites à intervenção estatal legítima?* In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 6-9, jan./abr. 2017, p. 6).

Mônica Clarissa Hennig Leal e Maria Valentina de Moraes, por outro lado, seguindo a orientação que se tornou majoritária no STF, compreendem que a polêmica giraria, *antes*, em torno do *quanto* (ou mesmo *se*) seria admissível sacrificar *direitos fundamentais*, seja das *pessoas* seja dos *animais não-humanos*, questão que somente se resolveria por exercício de *ponderação* - ainda que com uma *inerente variabilidade de resultados*<sup>454</sup> -, e *não* pela regra do *tudo ou nada* (ou da *única resposta correta*).

Aprofundando-se na problemática dos “Interesses [políticos] e enunciados normativos” que se observam no processo de *ponderação* que propõe como método decisório jurisdicional, Ana Paula de Barcellos estrutura seu argumento a partir da premissa de que “equiparar disposições normativas e interesses não juridicizados é uma forma ilegítima de refazer o ofício do legislador”<sup>455</sup>, havendo que se prestigiar, conseqüentemente, a ordem positivista normativa na empreitada metodológica subjacente à técnica de ponderação, a fim de que o contexto *histórico* de cada caso possa ofertar a melhor solução.

Mesmo eventual assimilação coletiva da ideia de proteção integral do meio ambiente como instrumento garantidor de um ideal de *mínimo existencial* ainda seria insuficiente para eliminação das dificuldades práticas que circundariam a disciplina judicial do tema. Como adverte Daniel Wunder Hachem, é extremamente *problemática* a delimitação do *núcleo essencial* dos *direitos fundamentais*, assim como do rol *objetivo* de *prestações estatais* que os assegurem com eficácia<sup>456</sup>. A mitigação do impasse caberia, então, preferencialmente ao *legislador ordinário*, mediante enunciação de *prestações específicas em lei material*, evitando “que todos custeiem, mesmo que não tenham optado por isso no processo democrático travado no espaço de deliberação pública do Legislativo, as específicas necessidades de alguns poucos”<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Para as autoras: “O conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente, assegurado no artigo 225 da Constituição Federal, e o exercício de direitos culturais, disposto na norma dos artigos 215 e 216, também da Constituição Federal, tornou-se o objeto central da ação, exigindo um exercício de ponderação. Há que se observar que, baseado nos argumentos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Robert Alexy propõe, em sua teoria, que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como princípios, exigindo um processo de ponderação quando estejam em colisão. O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, salienta, nesse sentido, que a dificuldade se encontra em aferir qual “o nível de sacrifício que os indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito [...]”. Cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis”. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig e MORAES, Maria Valentina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018, p. 66).

<sup>455</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98.

<sup>456</sup> Conforme o pensamento de Daniel Hachem: “(...) obstáculos se agravam quando se percebe que a maior parte das demandas judiciais de custeamento de tratamentos de saúde e de fornecimento de medicamentos não visa ao combate de situações e enfermidades que acometem as pessoas de baixa renda e que são suscetíveis de afetar a maior parte da população”. (HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 218).

<sup>457</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial* ... *Idem*, p. 219.

Não se ignora, conforme alerta feito por Walter Claudius Rothenburg, que também não é incomum o conluio de vontades *escusas* para aprovação de *convenções particulares* ou mesmo *pactos públicos* para se favorecerem interesses alheios à vontade da *maioria*<sup>458</sup>. É inequívoca, conseqüentemente, a importância de se manter inafastável o controle jurisdicional nos casos em que haja *dúvida* quanto à legitimidade de atos praticados porventura em detrimento da ideia de máxima afirmação do direito fundamental socioambiental ao equilíbrio ecológico. O que se ressalva, todavia, são as dificuldades teóricas *não respondidas* pelas posições que vislumbram traço de *universalidade* em todas as decisões judiciais relacionadas ao tema da proteção integral do meio ambiente e que tomam por base, para tanto, especialmente o conteúdo *formal-material* que vem sendo atribuído aos seus *princípios* de regência pelas Cortes Superiores pátrias.

Haveria que se retornar, portanto, à valorização da *legalidade*, ainda que inspirada por *inevitáveis* preceitos de *ética ambiental*<sup>459</sup> - os quais são frutos *inerentes* às preocupações dos *tempos atuais* -, assim como da *juridicidade* – conceito que compreende, em conjunto, a *história*, os *costumes*, as *tradições*, a *doutrina*, as fontes normativas *estatais* e *não-estatais*<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Segundo Rothenburg: “Ocorre ainda, e não raro, de as leis veicularem uma vontade muito parcial e representarem grupos de interesse restritos, que nem de longe correspondem as expectativas da maioria da população. Em situações tais, a intervenção judicial de controle de constitucionalidade qualifica-se com mais propriedade como majoritária e retoma, justamente, a legitimidade ameaçada pelas leis acusadas de inconstitucionais. E curioso, quase paradoxal, perceber então o Poder Judiciário (o Tribunal ou Corte constitucional), composto de integrantes não eleitos, manifestar-se como mais autêntico porta-voz da sociedade em contraste com os representantes eleitos (legisladores)”. (ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 262).

<sup>459</sup> Pautada, dentre outros atributos, por significativa dinamicidade, a qual deve, conseqüentemente, ser considerada no contexto de uma análise contemporânea do instituto da responsabilidade ambiental: “A responsabilidade desloca-se do plano do autor que age e produz danos, por intermédio dessa ação, para o plano da responsabilidade pelo outro. Além da probabilidade de danos serem produzidos, o que está em causa é a possibilidade de afetação do outro. Em outros termos, a responsabilidade ética amplia-se para abranger as condições de vulnerabilidade e de fragilidade, desde logo a “vulnerabilidade do homem””. (BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula, SILVA, Carlos Antonio Pereira da e ESCOBAR, Carlos Vinicius do Amaral. *Ética ambiental: reflexões acerca da ação humana sobre a natureza*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 8(3):366-374, p. 372).

<sup>460</sup> Conforme conceito de L. H. S. Oliveira: “Juridicidade é a conformidade ao Direito. Dizemos que uma matéria é jurídica, ou possui juridicidade, se sua forma e conteúdo estão em consonância com a Constituição, as leis, os princípios jurídicos, a jurisprudência, os costumes, enfim, com o Direito como um todo. Caso não haja tal conformidade, a matéria é dita injurídica ou antijurídica. (...) A juridicidade é conceito que amplia a tradicional noção de legalidade, entendida esta como a conformidade às regras jurídicas positivas. Conforme ensina MORAES, a noção de juridicidade exige que a produção dos atos do poder público observe não só as regras jurídicas, mas também os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”. (Cf. OLIVEIRA, L. H. S. *Análise de juridicidade de proposições legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, p. 8-9. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acesso em 31/12/2018). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez: “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkel, em 1927, engloba três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alinear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um princípio da legalidade, se

Enfim, o momento já não é nem de *monismo*, nem de *dualismo*, nem de *tripartição* e nem só de *pretensão de prevalência* de uma esfera de poder sobre a outra, mas de uma *realidade (experiência) jurídico-social multidimensional*, que não pode deixar de ser assim percebida.

Tudo isso, contudo, não poderia significar retorno ao *absolutismo legislativo (majoritário)*, assim como não pareceria adequada uma tentativa de defesa de um modelo de absolutismo *jurídico (judicial-contramajoritário)* fundado em *princípios*. Haveria que se estabelecerem *novos espaços de diálogos interinstitucionais* em sociedade para disciplina de condutas, seja pela via normativa *primária (legislativa ou executiva)* seja pela via da *adjudicação*, as quais, em uma sociedade efetivamente *pluralista*, não seriam exclusivas, em *nenhuma* das citadas dimensões, do Estado (legislador, administrador público ou mesmo juiz).

Jânia Maria Lopes Saldanha denomina de “cosmopolitismo jurídico”<sup>461</sup> essa realidade em que, além de “ordens normativas novas”, haveria também “espaços normativos novos”, os quais superariam as tradicionais dimensões e geografias estatais<sup>462</sup>. Para ela, o momento atual, marcado, dentre outras mazelas, pela depredação da natureza, indicaria a *centralidade do direito* e a função de *conformação moral* que teria de passar a desempenhar nas sociedades a partir de *valores humanos universais*<sup>463</sup>.

---

tomada em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Administrativo*. 3ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 85).

<sup>461</sup> Trata-se de proposta (“projeto jurídico”), fundado na ideia de “centralidade e imperatividade do direito”, com raízes, dentre outras apontadas pela autora, no pensamento kantiano: “No primeiro artigo definido da obra *À Paz Perpétua*, Kant afirmou a necessidade de os Estados dotarem-se de uma Constituição. O direito é chamado a jogar um papel determinante no desenho do cosmopolitismo. Esse papel é visto como a via possível para integrar a regra ética na norma jurídica e como fim quando afirma os direitos humanos como pertencentes a todos os indivíduos, independentemente da vinculação destes a qualquer território. (...) Assim, diante do cenário mundial quase insuportável de violências, de depredação da natureza, de proliferação de guerras, de surgimento de novas fronteiras e novos muros, de guerras biotecnológicas, nós ainda temos o sentimento de que para enfrenta-los o direito e a justiça são alternativas factíveis”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85-86).

<sup>462</sup> Saldanha assim apresenta seu pensamento: “Ora, o ponto de partida é reconhecer ter a ordem jurídica tradicional – completa e coerente – sido substituída por formas normativas novas – complexas, interativas e incoerentes – e, por vezes, absolutamente não identificadas a formar OJNI – Organismos jurídicos não identificados – que nos vinculam, determinam nossos comportamentos, mas que têm origem em fontes diversas das legislativas. Ademais, não são apenas ordens normativas novas que surgem no horizonte jurídico, o que vemos também são espaços normativos novos que superam a dimensão estatal por desenharem novas geografias, com as regionais e supranacionais e, além deles, nos deparamos com “não espaços” normativos, na medida em que consistem em uma “não geografia”, ideia essa compatível com a dimensão virtual das relações contemporâneas. Se é assim, somos cotidianamente interpelados pela “Tragédia dos Três C”, ou seja, quanto mais complexas se tornam tais ordens normativas, espaços e não espaços normativos, menos coerência e menos completude alcançamos”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico... Op. cit.*, p. 100).

<sup>463</sup> Segundo a autora: “A obrigação moral de respeitar os direitos humanos é um ideal que está ainda longe de ser alcançado. As violações massivas desses direitos, seja pela prática das guerras externas e internas, quanto pelo devastador quadro global de miséria, exclusão e de violências por motivos religiosos, éticos, sexuais, de gênero, entre outros, mostra que a lei moral é um ideal que deve estar substancializado nas leis jurídicas. (...) Contudo, a



Saldanha resgata a perspectiva kelseniana de que haveria uma “unidade epistemológica” entre as ordens *nacionais* dos países e a *internacional*, compreendendo que o *cosmopolitismo jurídico* teria a aptidão de “preencher o vazio” de *terceira ordem* (*superior* ou *metafísica*) da *linguagem*, assim possibilitando uma adequada operação do sistema<sup>464</sup>.

O *cosmopolitismo* também se amoldaria, ainda segundo a mesma autora, ao contexto de *ambivalência* e *reflexividade* “pós-modernas” referido por Ulrich Beck, para quem uma autêntica “mirada cosmopolita” deveria ser instituída como um “processo multidimensional e irreversível relacionado à natureza histórica dos mundos sociais”, pressupondo, não obstante, o surgimento de “lealdades multiplicas, e de atores públicos e privados, de redes e movimentos globais”<sup>465</sup>.

Para Jânia Maria Lopes Saldanha, as estruturas e instituições do cosmopolitismo jurídico, notadamente as organizações e a própria participação direta da sociedade civil nos fóruns de discussão contemporâneos, seriam as respostas para o problema da *legitimidade democrática* num contexto global de “percepções plurais com objetivos comuns”. Não haveria nessa perspectiva, portanto, propriamente um déficit democrático a ser superado, mas sim uma necessidade de *aperfeiçoamento* de novos mecanismos de representação e participação já disponíveis, mas ainda de *tímida* utilização<sup>466</sup>. Se fossem efetivamente implementados, a atuação jurisdicional passaria a se dar somente em caráter *substitutivo*, sendo as decisões tomadas preferencialmente em caráter *subsidiário* pelas “instâncias inferiores”, as quais se materializariam, finalmente, em novos *espaços igualitários*, não-estatais, de *participação* e *compartilhamento* de poder<sup>467</sup>.

---

centralidade do direito para conformar o cosmopolitismo jurídico, assim como a moral não é suficiente. É preciso associar a noção de direito impeetativo ou de *jus cogens* com as determinações do direito internacional público, como a jurisprudência dos tribunais internacionais tem reconhecido e que vincula os Estados e o direito nacional”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico... Op. cit.*, p. 102).

<sup>464</sup> O pensamento de Hans Kelsen foi assim compreendido pela autora: “Embora as conhecidas teorias monistas e dualistas do direito nacional/internacional, Kelsen foi certo ao dizer que a validade das normas de direito internacional não dependia do reconhecimento do Estado, isso porque quando um novo Estado passa a existir recebe do direito internacional todas as obrigações e direitos que a esses entes são conferidas. Para Kelsen, há uma unidade epistemológica entre a esfera nacional e a internacional, de modo a que nenhuma seja superior a outra, mas que haveria a necessidade de existir uma terceira ordem superior, que não foi identificada por ele. Tal vazio na teoria kelseniana pode hoje ser preenchido pelo cosmopolitismo jurídico que se ocupa das relações entre os Estados e os indivíduos no plano das relações globalizadas e mundializadas”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico... Op. cit.*, p. 102).

<sup>465</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico... Op. cit.*, p. 72.

<sup>466</sup> Segundo Saldanha: “Esse quadro não impede, antes tem reforçado, o problema do déficit democrático, o que parece ser o nó górdio do cosmopolitismo. Mas por que déficit democrático? Porque se há de ser reconhecida uma evolução, ainda que lenta, das funções organizacionais que estão sendo alcançadas em nível global por meio da cooperação dos Estados entre si, o que evidencia uma racionalização do poder político e a “constitucionalização do direito internacional”, a participação das organizações internacionais e dos indivíduos ainda é tímida. Quanto às primeiras porque só podem participar se tomarem a forma da lei, e sua participação é limitada a áreas muito específicas em contraste com os órgãos nacionais que têm competência e amplos domínios da política. Quanto aos segundos porque há uma assimetria entre a autorização limitada aos representantes nacionais e as decisões tomadas em concerto nas inúmeras “cúpulas” que acontecem ao redor do mundo”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico... Op. cit.*, p. 75)

<sup>467</sup> Para a autora: “O princípio da participação implica, assim, numa participação larga dos atores nos processos decisórios das questões globais. A subsidiariedade e substituição consistem em limites ao exercício do poder na medida em que há inúmeros núveis com competência decisória. De fato, é necessário respeitar essas diferentes

Nessa perspectiva, o direito exerceria a função de criar *impedimentos* ou *obstáculos* à *liberdade*. Mas isso como fruto da *autoridade autônoma da razão* (pensamento *kantiano*), não da *dominação* ou *tirania*. A *racionalidade* possibilitaria a revelação de *princípios universais* (valores ou *critérios de justiça*), os quais, por sua vez, inspirariam o *direito* (as *leis* e os *juízos*). Isso reforçaria a percepção de que o *fundamento* (último) da *autoridade* do direito residiria em sua própria *racionalidade*, na medida em que se apresentaria à humanidade como o *melhor* meio (caminho) para uma convivência *pacífica* e *harmoniosa* em sociedade.

Para se determinar um critério *universal*, mediante o qual se possa definir o *justo* ou o *injusto*, seria preciso, portanto, *preferir* o nível da *experiência* em favor de uma *razão humana universal*. A *racionalidade* passaria a ser considerada o *verdadeiro fundamento* da *dignidade humana*. Se é a razão que possibilitaria uma vida plena, *desenganada* e *livre* de subjugação alheia, todos os seres que a possuem deveriam ser considerados essencialmente *dignos* e, como tais, *protegidos* e *potencializados*. O *imperativo categórico* enunciaria o critério de *justiça*. A *razão* seria fonte da *justificação* das regras de ação, que somente deixariam de ser arbitrárias quando *justificadas* por princípios proclamados pela *racionalidade*.

A proposta kantiana daria suporte, então, na leitura de Saldanha, à concepção do direito também como *justiça*, abrindo as portas, ainda no século XVIII, para a afirmação dos direitos do século XXI, numa perspectiva *plural*, *aberta* e que, contornando medos decorrentes de perigos e contradições globais, como os que se apresentariam, dentre outros exemplos, na forma da “proliferação dos danos ambientais”, efetivamente abrangeria, além das pessoas, tanto os não-humanos quanto a natureza considerada em sua totalidade<sup>468</sup>.

Nesse contexto, partindo-se da constatação de que a proteção integral do meio ambiente se manifestaria, no Brasil, numa *pluralidade* (até *cosmopolita*) de *ordens*, seria importante o aprofundamento da discussão acerca dos *desdobramentos sistêmicos* de propostas teóricas que defendem, por exemplo, a preponderância da ordem judicial frente as demais, a legitimidade democrática desse modelo ou mesmo a possibilidade de consagração de *novos mecanismos*, dentre os quais até alguns *não-estatais* (como a *mediação* e a *arbitragem*), para a solução de conflitos ambientais.

---

instâncias. As decisões, então, ao nível da subsidiariedade, devem ser tomadas pelas instâncias mais inferiores e, ao nível da substituição, a jurisdição superior será chamada a atuar quando a inferior não agir ou, se agir, não der as respostas suficientes”. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico...* Op. cit., p. 85).

<sup>468</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico...* Op. cit., p. 135-136.

## CONCLUSÃO

As ideias às quais foi possível chegar com este estudo partiram exclusivamente do universo analisado, sem pretensão de definitividade ou esgotamento. Seu maior propósito é contribuir para o debate acadêmico, mediante diagnóstico amparado em elementos *objetivos*.

Nessa perspectiva, compreende-se que o cadinho no qual têm se dado as discussões acerca de quebras de paradigmas e expectativas entre os séculos XIX e XXI é o de uma sociedade de risco, a qual emerge essencialmente de frustrações das promessas de segurança e bem-estar enunciadas pela modernidade. Essa transição social forjou a reprogramação do modo de se compreender o direito em sociedade, mas não sem trazer consigo embates e desafios substanciais.

O direito passa, no contexto da modernidade reflexiva e da sociedade de risco, a ser afetado por uma racionalidade multidimensional, com plurais propostas de arranjos argumentativos e técnico-científicos para enfrentamento dos desafios de um mundo em que as promessas da modernidade, da industrialização ou mesmo da revolução tecnológica não se realizaram plenamente.

O movimento ecológico internacional inspirou a difusão de preceitos de ética ambiental e sustentabilidade em escala global, proporcionando, assim, categorias conceituais das quais passaram a se valer tanto organismos transnacionais quanto diversos países para a estruturação de seus sistemas jurídicos à luz da ideia de uma nova ordem ecológica.

A decisão jurídico-política tomada pela sociedade brasileira em 1988 foi no sentido de materializar na Constituição da República um programa normativo voltado à proteção do meio ambiente, de modo a se assegurar qualidade de vida para as gerações presentes e futuras.

O movimento de constitucionalização, ainda fundado em valores da modernidade, passou ser influenciado, não obstante, por releituras pós-modernas que admitem, dentre outros aspectos, a possibilidade de correção moral, ética, política, social, econômica e, agora, também ecológica, da realidade pelo Judiciário, mediante técnicas de “julgamento por princípios”.

Como consequência, verificou-se o desenvolvimento de uma teoria (neo)processual (própria ou adequada) para atender a especificidade de novos tipos de direito em litígio, a qual comportaria flexibilizações de alguns institutos clássicos a partir da abertura axiológica proporcionada pelos princípios. A ideia de que o processo civil comum, por ter sido supostamente estruturado para tutelar direitos privados e individuais, assumiria feição patrimonial ou características que não permitiriam tutelar adequadamente o direito ambiental (material), é a premissa a partir da qual se tem estruturado a *teoria dos processos ambientais*.

Partindo da premissa de que as lides ambientais teriam por preceito basilar o princípio da *instabilidade*, o qual se assentaria na ideia de uma possível mutabilidade do direito material subjacente à demanda (a exigir tutela estatal adequada), a estrutura rígida do processo comum teria de passar a conviver com noções de mobilidade, fungibilidade e flexibilidade em institutos como pedido, causa de pedir e coisa julgada. Não se vislumbra, contudo, nem pacificação jurisprudencial nem doutrinária quanto à dita disciplina própria (especial) dos processos ambientais.

Dentre os valores centrais desse novo sistema (constitucional-processual), destacam-se as ideias de que: a proteção do meio ambiente deveria sempre prevalecer em caso de impasse ou dúvida quanto à chancela de condutas que possam, ainda que apenas em tese, ameaçá-lo (*in dubio pro natura*); a sociedade brasileira não poderia recuar de seus atuais patamares de sustentabilidade (*não retrocesso ambiental*); os animais não-humanos deveriam ser reconhecidos como seres sencientes e, portanto, dotados do atributo da *dignidade*, o qual lhes conferiria proteção não somente em perspectiva coletiva ou geral, relacionada à suas eventuais funções ecológicas, mas também, e principalmente, no plano individual-fundamental. Assim, foram consagradas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras, teorias de adjudicação fundadas nos princípios “*in dubio pro natura*”, do “*não retrocesso*” em matéria ambiental e no reconhecimento e tutela dos direitos dos animais não-humanos. Servindo de suporte à máxima proteção dos direitos fundamentais socioambientais, suas estruturas normativas têm proporcionado aberturas, no sistema jurídico, para exercício de ponderação valorativa em casos de conflito com outros princípios, direitos ou interesses também jusfundamentais.

O Judiciário brasileiro, sob a égide do *constitucionalismo*, do *neoconstitucionalismo*, do *neoprocessualismo* e de vertentes *neo* (ou *anti*) *positivistas*, tem assumido papel de *ator com poder de veto* e *protagonismo* em processos relacionados à proteção do meio ambiente, exercendo função normativa atípica em nítido movimento de *supremacia* ou *ocupação de espaços* deixados *vazios* pelos demais poderes.

Os acórdãos selecionados da jurisprudência do STF denotam não apenas o envolvimento da Suprema Corte em variados temas componentes do universo de discussões relacionadas à proteção do meio ambiente (indo de casos de corte de vegetação, à importação de pneus usados e à vaquejada), mas também, e principalmente, um enfrentamento *mais profundo*, seja nos debates orais seja nos votos escritos, dos problemas de ordem teórica que se apresentaram nos julgamentos.

Além de significativamente mais extensos, divergentes e acalorados, os votos dos ministros do STF se balizaram primordialmente em argumentação principiologia (com arrimo constitucional e de fundo moral, ético, político, social, econômico ou ecológico), com emprego prevalente do método ponderativo, lastreada em cotejo doutrinário abrangente e seguida de referências normativas pertinentes ao caso concreto, além de precedentes da própria Corte ou do STJ. Tudo isso a título de justificação (ou legitimação) dos entendimentos adotados em cada situação.

Os julgamentos do STJ, ainda que bem mais concisos e com raras divergências, também foram fundados prevalentemente em princípios, em precedentes da própria Corte (com elevado índice de “sumulação”) e em interpretação literal ou teleológica de dispositivos legais. Houve várias referências à jurisprudência do STF, ao regime jusfundamental constitucional e à doutrina, com grande destaque àquela produzida pelos próprios ministros em âmbito acadêmico.

As soluções dadas pelas Cortes Superiores pátrias aos casos examinados implicam problemas significativos no campo da teoria do direito, impondo desafios à jurisdição ambiental e perspectivas a partir de alguns novos referenciais.

Algumas leituras críticas que se autointitulam “pós-modernas” permitem a compreensão do fenômeno do protagonismo e do modelo de decisão por princípios dominante na jurisprudência ambiental tanto do STF quanto do STJ a partir das noções de “Estado Jurislador”, “Estado Ecojurislador” ou, ainda, “Estado Juristocrata”. Essas propostas conduziram, então, à percepção de que estaria em curso uma “Revolução Ecojurídica”, legitimadora de uma função jurisdicional atípica (normativa primária).

Essa constatação não seria suficiente para resolver, entretanto, desacordos conceituais (teóricos) prévios sobre o direito (e sobre quem diz o direito) ainda presentes em sociedade. Há substanciais divergências tanto no plano político (Legislativo e Executivo) quanto no jurisdicional e doutrinário no que se refere ao problema da *autoridade do direito* e de seu engajamento em disputas de índole ética, moral, social, econômica, social, política ou ecológica.

Em perspectiva crítica, a visível exasperação do uso da técnica de decisão fundada em princípios (“pamprincipiologismo”) tem provocado a transferência, ao Judiciário, de escolhas primárias que caberiam, à luz dos preceitos constitucionais modernos, primariamente ao Legislativo ou ao Executivo. No entanto, isso vem sendo feito mediante invocação de propostas teóricas por vezes distintas entre si, não havendo uniformidade, nos acórdãos examinados, quanto a paradigmas filosóficos ou métodos científicos, circunstância que provocou sensível variação nos fundamentos e resultados dos julgamentos.



O “sincretismo metodológico” observado na jurisprudência das Cortes Superiores expõe o problema das limitações, frente à realidade fenomênica, dos diversos marcos teóricos de referência utilizados para enfrentamento de casos relacionados ao tema da proteção integral do meio ambiente. A necessidade de engajamento em argumentos de filosofia moral e a possível relatividade de alguns dos valores fundamentais (e a priori universais) invocados nas decisões analisadas enfraqueceriam, de um lado, a proposta jusnaturalista. Por outro lado, a presença incontestável de conteúdo ético, moral, social, político econômico e ecológico, tanto nas normativas primárias (constitucionais, legais e infralegais) quanto no próprio conteúdo das decisões judiciais, já indicaria a insuficiência do positivismo para regência de todo o conjunto de situações submetidas à jurisdição contemporânea. A perspectiva neo(ou pós)positivista insistiria, ainda assim, na importância de que o sistema permita a conformação da ordem jurídica a valores sociais historicamente aferíveis em sociedade, mediante interpretação equitativa do caso concreto pelo magistrado, que se apresentaria, assim, como figura central do sistema.

A centralidade da jurisdição refletiria um sistema de justiça em que as atribuições do juiz vão além da mera aplicação (por subsunção) de estatutos, mediante suposta revelação da vontade do “ente autor” do respectivo texto (Legislativo ou Executivo). Sob influência da tradição do *common law*, o juiz é nele concebido como ator social de destaque, a quem se confiaria até mesmo a responsabilidade de estabelecer (criar), frente à relativa incapacidade abstrata do ente normativo primário (legislador ou administrador público), a melhor solução para o caso concreto. Para tanto, o direito seria reflexo das práticas e da realidade social vigente, assim reconhecidas na *judicial review* e nos *precedentes*.

O tema da potencial arbitrariedade ou discricionariedade de um sistema principiologicamente aberto e no qual se conferem poderes de conformação ao Judiciário em detrimento de todas as demais instâncias de decisão social é tratado pela tópica jurídica sob a perspectiva da legitimação argumentativa dos julgamentos, não mais sob a ótica da validação ou mesmo de uma interpretação em sentido estrito. A função normativa criadora decorreria, assim, da autoridade dada pelo sistema ao magistrado para controlar a eficácia de suas próprias decisões em caráter preferencialmente prospectivo, vinculando para o futuro.

Já o problema relacionado à legitimidade democrática do protagonismo judicial ambiental recebe do pluralismo e do cosmopolitismo jurídico contribuições, respectivamente, no sentido de que: mesmo o reconhecimento da coexistência de uma pluralidade de ordens normativas não seria suficiente para se pretender que o direito não-estatal prevaleça sempre (ou mesmo na maioria dos casos) em detrimento do direito estatal propriamente dito; não haveria

propriamente um déficit democrático em um sistema de decisões baseado em ordens plurais se os preceitos jurídicos e valores sociais aplicados efetivamente advierem de espaços nos quais se assegure efetiva participação de variados seguimentos da população; decisões populares, em caráter subsidiário, deveriam preponderar sobre a atuação jurisdicional, a qual deveria ocorrer somente em último caso (em substituição); a racionalidade humana seria o elemento capaz de revelar o valores fundamentais (universais) de *justiça*, possibilitando, assim, a afirmação de direitos numa perspectiva plural.

Não sendo verdadeiro, como revelaram os acórdãos examinados nos Capítulos 2 e 3, que o direito realmente tenha condições de oferecer uma única solução (correta?) para os casos difíceis relacionados à proteção do meio ambiente, ainda haveria que se *aperfeiçoar* uma *técnica hermenêutica específica* para esses tipos de litígios, a qual não poderia deixar de ser pautada, todavia, por uma *postura científica séria*, voltada a impedir que sua aplicação resulte em *desarmonia*, *desintegração* ou *implosão* do próprio sistema jurídico.

A tarefa do Judiciário-Hércules, nessa linha, teria de ser orientada por *acurado entendimento teórico-prático* não só das condições morais, éticas, sociais, políticas, econômicas e ecológicas do país, mas também da dificuldade *histórica* de se promover diálogo *equilibrado* e acessível a *todas* as pessoas antes da tomada de decisões cujos efeitos, ainda que pareçam simpáticos à causa da proteção ambiental, não necessariamente trazem as consequências positivas imaginadas pelos julgadores-heróis.

É importante lembrar que é comum no comportamento humano, quando não se sabe o que há no porvir, a tendência de se dar ouvido, num primeiro momento, mais ao *receio* e ao *medo*, às *ideologias* e às *paixões* do que à razão. Isso tem provocado, contudo, *tensões*, *conflitos*, *insegurança* e *injustiças sociais*, em prejuízo do próprio meio ambiente, que segue sendo degradado à míngua de instrumentos jurídicos mais eficazes de proteção. O cenário recomenda aprofundamento na reflexão quanto aos limites para, ao mesmo tempo, se prover o necessário à sobrevivência e ao desenvolvimento, assim como sobre o papel do direito nessa tarefa.

O mundo contemporâneo traz, em si, incertezas acerca do efetivo conteúdo das melhores práticas socioambientais. Elas não poderiam, contudo, se projetar ao âmbito das decisões jurídicas, tampouco governar o imaginário da comunidade judiciária, sob a perspectiva, por exemplo, de que restringir, na dúvida, seria melhor do que permitir, ou mesmo de que ao Judiciário seria dado corrigir o direito com base em critérios de ordem moral, política, econômica, social e ecológica.

As decisões judiciais deveriam passar a ser dotadas, destarte, de uma racionalidade multidimensional, com plurais propostas de arranjos argumentativos e técnico-científicos para enfrentamento dos desafios de um mundo em que *muitas* podem ser as soluções ambientais e socialmente viáveis para determinado caso, não passando necessariamente por uma ideia de proibição absoluta ou de retorno a condições ecológicas do passado.

Pensar a questão ambiental e, essencialmente, os impactos decorrentes das atividades humanas no contexto de uma sociedade de risco, é compreender que a humanidade ainda está no *início* de uma *transição*, entre sua histórica forma de relação com a natureza (subsistência para sobrevivência) e um novo paradigma (desenvolvimento sustentável).

Há que se privilegiar o fim dos excessos, e não o *proibicionismo* absoluto em matéria normativa ambiental, como forma de se obter o equilíbrio entre a oferta finita de recursos naturais e a demanda por eles. Toda mudança cultural positiva só ocorre com conhecimento e esclarecimento. E isto se principia no entendimento das raízes da problemática da questão ambiental e de como o sistema jurídico brasileiro vem, a partir delas, florescendo.

O conjunto de preceitos informadores da modernidade reflexiva e da sociedade de risco devem sim ser sopesados de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, mas sempre com empenho de se procurar ao máximo compatibilizar velhas práticas com novas, sem radicalismos ou ideologias vazias - e também sem se perderem de vista os efeitos negativos passíveis de advir da restrição ou proibição desarrazoada de condutas humanas que possam, de alguma forma, impactar o meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual civil – princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Eduardo et. al. *Os efeitos devolutivo e translativo da apelação no CPC/2015*. In *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 13. NERY JUNIOR, Nelson & ALVIM, Teresa Arruda. Coord. São Paulo: RT, 2017.
- AMADO, Frederico. *Direito ambiental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMIRANTE, Domenico. *Environmental courts in comparative perspective: preliminary reflections on the national green tribunal of India*. 29 Pace Env'tl. L. Rev. 441, 2012.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina: 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no processo civil brasileiro*. 2013. Disponível em: [www.academia.edu](http://www.academia.edu), Acesso em: 28.09.2016, [artigo publicado na Revista de Processo, v. 225].
- ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Introdução ao direito animal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Animal, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 13, número 03, p. 48-76, Set-Dez 2018.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *A simulação em dupla perspectiva: direito material e direito processual*. In SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e et. al. (Coord.). *Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula, SILVA, Carlos Antonio Pereira da e ESCOBAR, Carlos Vinicius do Amaral. *Ética ambiental: reflexões acerca da ação humana sobre a natureza*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 8(3):366-374.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: abril/junho 2005.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva & FERREIRA, Rebeca Costa Gadelha da Silveira Lopes. *Elementos de uma hermenêutica da incerteza para a racionalização dos desastres no Brasil*. In Revista direitos sociais e políticas públicas (UNAFIBE). VOL. 6 , N. 2 , 2018, p. 176-208.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva & VIANA, Iasna Chaves. *Sustentabilidade e meio ambiente: reflexões sob o olhar da complexidade*. In Revista AREL FAAR, Ariquemes, RO, v. 4, n. 1, p. 72-90, jan. 2016.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2014
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal 12.651, de 25/05/2012.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 12.305, de 02/08/2010.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 12.516, de 25/05/2012.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 13.105, de 16/05/2015.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 4.717, de 29/06/1965.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 4.771, de 15/09/1965.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 6.938, de 31/08/1981.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 7.347, de 24/07/1985.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 9.605, de 12/02/1998.



- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Evento destacou esforços e desafios do Judiciário na preservação do meio ambiente*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61779-evento-destacou-esforcos-e-desafios-do-judiciario-na-preservacao-do-meio-ambiente>, acesso em 04.03.2018.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judiciário é o Poder que mais avançou no planejamento estratégico sustentável*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61764-judiciario-e-o-poder-que-mais-avancou-no-planejamento-estrategico-sustentavel>, acesso em 31.12.2018.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Juízes federais debatem jurisprudência ambiental do STJ*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56719-juizes-federais-debatem-jurisprudencia-ambiental-do-stj>, acesso em 04.03.2018.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processos ambientais representam desafio para magistrados*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58840-processos-ambientais-representam-desafio-para-magistrados-diz-corregedora>, acesso em 31.12.2018.
- BRASIL. JORNAL OUTRAS PALAVRAS. *Fracking já ameaça também o Brasil*. Disponível em <http://outraspalavras.net/outrasmidias/destaque-outras-midias/fracking-ja-ameaca-tambem-o-brasil/>, acesso em 31.12.2018.
- BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito*. Disponível em <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/convencao-de-basileia>, acesso em 31/12/2018.
- BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção de Estocolmo de 1972*. Disponível em [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc), acesso em 31/12/2018.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgInt no AREsp 1.090.084/MG*, Decisão: 21/11/2017.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgInt no AREsp 779.250/SP*, Decisão: 06/12/2016.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgInt no AREsp 846.996/RO*, Decisão: 04/10/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 05/06/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 119.624/PR*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 06/12/2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 183.202/SP*, Decisão:10/11/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 206.748/SP*. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma (21/02/2013).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 273.058/PR*, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 09/04/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 533.786/RJ*, Decisão: 22/09/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.164.488-DF*, DJe 7/6/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.192.569/RJ*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma (19/10/2010).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.367.968/SP*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 17/12/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.412.664/SP*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Julgado em 11/02/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.415.062/CE*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 13/05/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *EDcl nos EDcl no Ag 1.323.337/SP*. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 22/11/2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em teses*. n. 30. Brasília: STJ, 13/05/2015, disponível em [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A2ncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf), acesso em 31/12/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Princípios de interpretação ajudam o STJ a fundamentar decisões na área ambiental*. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/function.session-start?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=23&id\\_noticia=51266](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/function.session-start?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=23&id_noticia=51266), acesso em 31/12/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.049.822/RS*. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma (23/04/2009).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.060.753/SP*, Decisão:01/12/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.107.219-SP*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/9/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.114.398/PR*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, Julgado em 08/02/2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.172.553/PR*. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, Julgado em 27/05/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.237.893/SP*. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma (24/09/2013).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.264.250/MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 03/11/2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.269.494/MG*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgado em 24/09/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.307.938/GO*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 16/06/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.328.753/MG*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 28/05/2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.330.027/SP*, Decisão:06/11/2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.373.788/SP*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 06/05/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.374.284/MG*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em 27/08/2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.401.500/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.517.403/AL*, Decisão: 25/08/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp 289.093/SP*, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU de 20/10/2003.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 302.906/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 442.586/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 26/11/2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 605.323/MG*, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/08/2005.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 883.656/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma (09/03/2010).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 948.921/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 23/10/2007,DJE 11/11/2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp* 967.375-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 2/9/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADC 42 e ADI 4901, 4902, 4903 e 4937*, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 28/02/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1.086/SC*. Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540-MC*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540-MC/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 01/09/2005, Plenário.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 487 MC/DF*. Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1991.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI-4983/CE*. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937. ADC 42*. Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 28/02/2018. Certidão de Julgamento. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4499305&ext=RTF>, acesso em 31/12/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937. ADC 42*. Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 28/02/2018, DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019, Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340791719&ext=.pdf>, acesso em 19/08/2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 101/DF*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ARE 1.109.731*, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 14/03/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 206220/MG*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS 22.164/SP*, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995.
- BULLARD, Robert D. *Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality*. 3rd Edition. Westview Press, 2000.
- BULLARD, Robert D. *Unequal protection: environmental justice and communities of color*. San Francisco: Sierra Club Books, 1994; *The quest for environmental justice: human rights and the politics of pollution*. San Francisco: Sierra Club Books, 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas pública e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CANADA. CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE LAW. *What is sustainable development law? A CISDL concept paper*. Montreal, 2005, p. 1. Disponível em <http://cisdl.org/public/docs/What%20is%20Sustainable%20Development.pdf>, acesso em 31.12.2018.
- CAPPELINI, Paolo. *A hermenêutica na lua ou como está se transformando o nosso conceito de interpretação*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CAPRA, Fritjof e MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A., 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. In *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Ima, vol IV, 2001.
- CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Julgamento por princípios – duas projeções (diretas) do princípio da impessoalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: (i) necessidade de motivação na dispensa de empregados públicos e (ii) proibição do nepotismo*. In LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman & ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI: homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 517-534.



- CAVEDON, Fernanda de Salles. *Conexões entre direitos humanos e direito ambiental como um contexto mais favorável para a justiça ambiental*. In DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida & AHMED, Flávio (Coord.). O direito ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 161-186.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COELHO, Luiz Fernando. *In dubio pro natura*. In Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris/JM Livraria, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, acesso em 31/12/2018.
- COSTA, Pietro. *O estado de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A linguagem dos tribunais (e a linguagem os juízes e advogados)*. In ROSA, Alexandre Moraes da Rosa (Org.) ... [et al.]. Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 286-297.
- DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (Coord.). Direitos sociais - fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIDIER JR., Fredie & MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 8. ed. rev. e atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Smithsonian National Museum of Natural History. *What does it mean to be human*. 2016. Disponível em <http://humanorigins.si.edu/evidence/human-fossils/species/homo-sapiens>, acesso em 31/12/2018.
- ESTADOS UNIDOS. YOU TUBE. Ulrich Beck. Entrevista. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=PeKiD5JLGIE>, acesso em 31/12/2018.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz e TRINTADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Moraes da Rosa ... (et al.)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Ponderação de princípios e tópicos jurídicos*. In ROSA, Alexandre Moraes da Rosa (Org.) ... [et al.]. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 298-311.
- FERRY, Luc. *Le nouvel ordre écologique – l'arbre, l'animal et l'homme*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 1992.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os fundamentos constitucionais da política nacional do meio ambiente: competências constitucionais em matéria ambiental*. In DANTAS, Marcelo Buzaglo, SÉGUIN, Elida & AHMED, Flávio (Coord.). *O direito ambiental na atualidade – estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19-78.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental: a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FROMM, Erich. *O medo à liberdade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

- GERVASONI, Tássia A. *Estado e direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- GROSSI, Paolo. *A identidade do jurista, hoje*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013.
- GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: *Quais os limites à intervenção estatal legítima?* In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 6-9, jan./abr. 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado). Curitiba: UFPR, 2014.
- HARTMANN, Érica de Oliveira; BORGES, Guilherme Roman. *A globalização e o estado-nação: rumo à pós-modernidade e ao estado cosmopolita?*. In *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2004. ISSN 2236-7284, p. 131-170. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38325>>. Acesso em: 31/12/2018.
- HESPANHA, António Manuel. *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito – o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.
- HESPANHA, António Manuel. Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna. In *Análise Social*, vol. XXXVI (161), 2001, 1183-1208, p. 1183, disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218730673W4tYC7xw4Vr07TF8.pdf>, acesso em 21/04/2019.
- HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

- HESPANHA, António Manuel. *Tomando a história a sério: os exegetas segundo eles mesmos*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 207-238.
- HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 149-202.
- HESPANHA, António Manuel. *Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *História do direito em perspectiva*. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- J. H. A., Raghbendra & WHALLEY, John. *The environmental regime in developing countries*. In Behavioral and Distributional Effects of Environmental Policy. USA: Carlo Carraro and Gilbert E. Metcalf Editors, 2001, Disponível em <http://www.nber.org/chapters/c10610>, acesso em 31/12/2018.
- KADIR, A. M. *Inserting the environmental culture as a specific element within EMS in oil and gas industry operations. Energy and sustainability. Transactions on Ecology and the environment*. UK: Wit Press, 2014, p. 369. Disponível em <http://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/ESUS14/ESUS14031FU1.pdf>, acesso em 31/12/2018.
- LEAL, Fernando. *Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação*. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e MORAES, Maria Valentina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? *Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica*. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.
- LEITE, José Rubens Morato & BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica*. In Revista Sequência, n. 60, p. 291-318, jul. 2010.
- LEITE, José Rubens Morato, BELCHIOR, Germana Parente Neiva & PERALTA, Carlos E. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - R.TRF1. Brasília. v. 28 n. 9/10 set./out. 2016, p. 21-38.

- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino e CARMO, Valter Moura do. *A ideologia como determinante da hermenêutica jurídica*. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 8(2):151-163.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.
- MARIN, Jeferson Dytz; & LUNELLI, Carlos Alberto. *Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência*. In Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.7 n.13/14 , p.311-330 Janeiro/Dezembro de 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme et. al. *Novo curso de processo civil*. V. 1. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme et. al. *Novo curso de processo civil*. V. 1. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao código de processo civil: artigos 976 ao 1.044*. v. 16. São Paulo: RT, 2016.
- MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em [https://www.academia.edu/35675035/Efeito\\_Backlash\\_da\\_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_Constitucional](https://www.academia.edu/35675035/Efeito_Backlash_da_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_Constitucional), acesso em 31/12/2018.
- MAY, James R. *Environmental constitutionalism*. UK: Edward Elgar Publishing, 2016.
- MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.
- MEDEIROS, Marcelo Farina de. *Peculiaridades do processo civil ambiental*. In Jusbrasil. Artigos. Disponível em <https://marcelofmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/234329744/peculiaridades-do-processo-civil-ambiental>, acesso em 31/12/2018.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito ambiental: o princípio da precaução e sua abordagem judicial*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 06, nº 21, Jan-Mar. 2001.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MUKAI, Toshio. *Direitos e proteção jurídica dos animais*. R.TRF1 Brasília v. 30 n. 1/2 jan./fev. 2018, disponível em [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/119480/direitos\\_protecao\\_juridica\\_mukai.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/119480/direitos_protecao_juridica_mukai.pdf), acesso em 31/12/2018.
- NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Terra*. Disponível no site do Ministério do Meio Ambiente na Internet: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf), acesso em 31/12/2018.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>, acesso em 31.12.2018.
- NAÇÕES UNIDAS. DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS – POPULATION DIVISION. *World population prospects – The 2017 revision*. Disponível em <https://population.un.org/wpp/>, acesso em 31.12.2018.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito administrativo*. 3ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- NOGUEIRA, Alberto. *Viagem ao direito do terceiro milênio: justiça, globalização, direitos humanos e tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, L. H. S. *Análise de juridicidade de proposições legislativas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, p. 8-9. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos), acesso em 31/12/2018.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito processual ambiental*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- PETERSON, Nicole & BROAD, Kenneth. *Climate and weather discourse in anthropology: from determinism to uncertain futures*. Climate and culture. North Atlantic Biocultural Organization. Disponível em [http://www.nabohome.org/meetings/glthec/groups/group\\_data/ecodynamics/02\\_Crate\\_Ch-02.pdf](http://www.nabohome.org/meetings/glthec/groups/group_data/ecodynamics/02_Crate_Ch-02.pdf), acesso em 31/12/2018.
- PINHEIRO, Carla. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PORTANOVA, Rui. *Princípio do Processo Civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- REINO UNIDO. BBC. *Clima - Evolução - Humanos*. Disponível em [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130523\\_clima\\_evolucao\\_humanos\\_jp](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130523_clima_evolucao_humanos_jp), acesso em 31/12/2018.
- REUTERS. *China switches on lighthouse on artificial island in South China Sea*. 06/04/2016. Disponível em <https://www.yahoo.com/news/china-begins-operation-lighthouse-artificial-island-south-china-012724417.html>, acesso em 31/12/2018.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar. Tese de doutorado*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2007, disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12358/DANIELLE%20TETU%20RODRIGUES2.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, acesso em 31/12/2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Comentário doutrinário ao Acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 265.300-MG*. In *Processo civil ambiental*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, a. 27, (239): 753-1296, Brasília, julho/setembro 2015, p. 915, disponível em [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015\\_239\\_2\\_capProcessoCivilAmbiental.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_2_capProcessoCivilAmbiental.pdf), acesso em 31/12/2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2008.
- ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SALLES, Jean Rodrigues. *Eles não sabem o que fazem: uma anamnese do sublime ato de julgar*. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.
- SANTOS, Ramon Gretneski Ouais. *A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo, Saraiva, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e proibição de retrocesso: algumas dimensões da assim designada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais (notadamente dos direitos sociais) em relação ao legislador infraconstitucional*. In: A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Estudos de caso sobre a garantia constitucional de proibição de retrocesso (Socio)Ambiental*. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 88*. In TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão & SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Estado constitucional e organização o poder. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221-264.
- SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SILVA, Leliane Aguiar da & MASCARENHAS, Diego Fonseca. *Hermenêutica e sua projeção na ampliação de sensibilidades jurídicas no direito ambiental*. In Revista Amazônia em Foco, Castanhal, v. 3, n.5, p. 43-63, jul./dez., 2014, p. 43-63.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino- Americana de Estudos Constitucionais. V. 1. Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.
- SOARES JÚNIOR, Jarbas & ALVARENGA, Luciano José (Org.). *Direito ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *O código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro*. In Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, ano 178, n. 473. Rio de Janeiro: jan./mar. 2017, p. 105-124.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015.
- STAUT JÚNIOR. Sérgio Said. *Legisladores, juristas e os princípios jurídicos: quem tem o poder de direito em sociedade*. In Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB). Ano 1. Nº 5. Lisboa: Universidade de Lisboa (Faculdade de Direito), 2015.
- STAUT JÚNIOR. Sérgio Said. *Quem tem o poder de "dizer o direito"?: os princípios jurídicos entre legisladores e juristas*. In CUNHA, J. S. Fagundes. (Org.). v. 1. O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.
- STEFANELLO, Alaim Giovani Fortes. *Do direito socioambiental aos direitos da sociobiodiversidade: um novo olhar epistemológico na relação entre seres humanos e natureza*. In Cadernos Jurídicos. OAB/PR. Curitiba. n. 63. Abril/2016, p. 2-3.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015*. In Revista de Processo. vol. 264. ano 42. São Paulo: RT, 2017.

- TAYLOR, Paul W., & DALE JAMIESON. *Respect for nature: a theory of environmental ethics*. OXFORD: Princeton University Press, 1986.
- TOMELIN, Georgio. *O Estado jurislador*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- TRUBEK, David. *Law and development*. In Smelser, N. J. & Baltes, Paul B. (Ed.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Pergamon, Oxford, 2001, p. 8443. Disponível em <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/publications.html>, acesso em 31/12/2018.
- TSEBELIS, George. *Veto players: how political institution work*. Princeton UP: 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VALLE, Vanice Regina Lírío do e MANEIRO, Renata de Marins Jaber. *Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa*. In: A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues & TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. V. 2. 16. ed., ref. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: RT, 2016.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Idéias e instituições na modernidade jurídica*. In Sequência: estudos jurídicos e políticos / Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, UFSC: 1980, v. 16, n. 30, jun., 1995.
- WORLDOMETERS. Disponível em <http://www.worldometers.info/world-population/>, acesso em 31/12/2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editora Trotta, 1995.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.